



Concepto 010861 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000010861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000010861

Fecha: 10/01/2024 12:09:47 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: Tema: ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Subtemas: Recurso Presunción de legalidad Conflicto de intereses Radicado: 20232061049752 de fecha 27 de noviembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este despacho por la Director de Atención Ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, en la cual plantea los siguientes interrogantes, relacionados con actuaciones de algunas dependencias de la GGR:

En el oficio remitido del órgano de control, se indica que su consulta está referida a *“una serie de interrogantes atinentes a situaciones administrativas, función administrativa e impedimentos para funcionarios públicos.”*, revisado el texto de su consulta, se alude al contenido de la Resolución OGZ-191-2015 de la CGR, y se plantean los siguientes interrogantes:redver.org

“1. Cualquiera de las referidas dependencias producto de las funciones delegadas adelanta una situación administrativa y la resuelve a través de un acto administrativo, ¿este es objeto de los recursos señalados en el artículo 74 del CPCA?

¿Si un procedimiento administrativo interno expedido por cualquiera de las referidas dependencias contenga vicios de legalidad así sea parcial, las decisiones finales garantizan el principio fundamental constitucional al debido proceso y los principios rectores de la función administrativa? Ante una situación administrativa adelantada por estas dependencias a la que se conceda el recurso de reposición y agotando la vía gubernativa se declare la improcedencia del recurso de apelación en vez del de reposición, ¿el servidor que profiere el acto administrativo incurre en falta de tipo disciplinario?

Un servidor de las dependencias en cita que hubiese elaborado y proyectado un procedimiento con vicios de legalidad y adoptado mediante acto administrativo, ¿se encuentra incurso en algún tipo de impedimento al aplicarlo tramitando una situación de competencia de esa dependencia?

Me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad establecido en el Decreto 430 de 2016¹ este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

De igual forma, se advierte que, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad o la constitucionalidad de los actos administrativos como el los planteados en su consulta, toda vez que dicha facultad le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El presente concepto se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta y se concreta a atender los interrogantes planteados en los numerales 1, 2, y 4; teniendo en cuenta que, en la comunicación remitida, se informa que el punto 3 ya fue atendido.

A efectos de atender los cuestionamientos planteados, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

Sea lo primero señalar que, revisado el contenido de la resolución citada en su consulta, se encuentra que la misma fue derogada por la Resolución 775 de 2020 de la CGR.

En lo que atañe al interrogante sobre si una situación administrativa es resuelta a través de un acto administrativo, ¿este es objeto de los recursos señalados en el artículo 74 del CPCA; se entiende del contexto de la misma que, se está haciendo referencia al trámite de una

actuación administrativa; toda vez que el concepto de “situación administrativa” hace referencia a aspectos relativos al empleo público, que no tiene nada que ver con el objeto de su consulta. Hecha esta acotación, en relación con los recursos que se deben conceder al momento de decidir una actuación administrativa, la Ley 1437 de 2011², señala:

ARTÍCULO 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

ARTÍCULO 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Conforme a la norma citada, si el acto administrativo es de carácter definitivo y no corresponde a ninguna de las excepciones previstas en la ley, el mismo debería prever la posibilidad de interponer los recursos de reposición y apelación; no obstante, como se advirtió inicialmente, si se considera que en un caso particular y concreto no se concedieron los recursos de ley que eran precedentes, deberá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, quien es la competente para resolver la situación.

En relación con su interrogante relacionado con los eventuales vicios de legalidad que puedan encontrarse en las decisiones objeto de consulta, resulta necesario señalar que, la Ley 1437 de 2011, dispone la presunción de legalidad de los actos administrativos mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al respecto prevé:

ARTÍCULO 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Los actos administrativos que se expidan dentro de la administración, se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el evento en que fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

En esa misma línea, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 136 de 2019, adujo lo siguiente frente al principio de seguridad jurídica que acompañan todos aquellos actos administrativos expedidos por las entidades públicas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares o concretas:

“(…) Una de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico es que dichos actos se presumen legales hasta tanto no sean declarados de forma contraria por las autoridades competentes para ello, función que le fue otorgada por el legislador a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa. En relación con la concepción básica del acto administrativo como manifestación Estatal, resulta muy ilustrativo el siguiente pronunciamiento de esta Corporación:

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad”.

Conforme a lo expresado por esa corporación, los actos expedidos por la administración pública se presumen legales y son obligatorios, hasta tanto no sean declarados nulos por las autoridades competentes para ello, es decir, por los jueces de lo contencioso administrativo.

Finalmente, en relación la eventual configuración de algún conflicto de intereses, , con ocasión del trámite de una situación de su competencia, por parte de alguno de los funcionarios citados en su consultas, la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente:

“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:

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. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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”.

Como se observa el conflicto de Interés es una figura dispuesta para todo aquel que se encuentre ejerciendo una función pública, que, en desarrollo de la misma, deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas; el cual sobreviene cuando el interés general entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público. Este puede ser anunciado tanto por el empleado que directamente considere que el ejercicio de sus funciones puede acarrear un provecho particular, caso en el cual deberá declararse impedido, como por el particular que presente la recusación en contra del servidor.

Así las cosas, un servidor público deberá declararse impedido cuando, en relación con su ejercicio y función sobrevenga alguna causal de

conflicto de intereses. Así mismo, cualquier persona podrá recusar a un servidor público que incurra en causal de conflicto de intereses, de acuerdo al procedimiento descrito por el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

Se considera pertinente tener en cuenta que, entre otras, el legislador ha considerado que se configura conflicto de interés en el caso que exista amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

Frente al particular, la Ley 1952 de 2019 establece:

“ARTÍCULO 44. 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.”

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto número 1903 del 15 de mayo de 2008, consejero ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, estableció:

“... “El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley.”

De acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, el conflicto de interés se estructura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Cabe anotar que el conflicto de intereses, al contrario de las inhabilidades e incompatibilidades, no es taxativo, es decir, las acciones que lo originan no se encuentran expresamente determinadas en las normas. Por lo tanto, para su tratamiento se requiere del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices que deben ser valoradas con especial cuidado para no vulnerar los derechos del servidor.

Teniendo en cuenta las consideraciones en precedencia, le corresponde a la administración, al servidor público o al interesado analizar cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un conflicto de intereses, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Por ende y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, como quiera que el conflicto de interés no es taxativo y tampoco existen suficientes elementos en la narrativa de la consulta que permitan precisar el caso, le corresponde a la Administración, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 determinar si se presenta conflicto de interés en el caso objeto de su interrogante. Debe reiterarse que este Departamento Administrativo no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para declarar derechos o dirimir controversias, por lo que no es posible efectuar un pronunciamiento de fondo frente al particular.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes

institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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

Proyecto: Gustavo Parra Martínez

Revisó. Harold Herreño Suarez.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:00