

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
 ABOGADO
 Bogotá, 27 de diciembre de 2017

Doctora
 HEYBY POVEDA
 Jefe Oficina Asesora Jurídica
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL
 Ciudad



 Radicado N° **E-2017-224929**
 Fecha: 28-12-2017 - 16:02
 Folios: 14 Anexos
 Radicador: ROLF HERNANDEZ RAMIREZ - 5310
 Destino: 1300 - OFICINA ASESORA DE JURÍDICA
 Consulte el estado de su trámite en www.educacionbogota.edu.co
 opción CONSULTA TRÁMITE
 con el código de verificación: **K5X7O**

Apreciada Doctora:

Procedemos a rendir concepto jurídico solicitado por ustedes, en los términos que a continuación se expresan:

I. OBJETO DE LA CONSULTA.

- La Secretaría de Educación Distrital solicita concepto respecto al marco normativo de los conflictos de intereses y los impedimentos en el ejercicio de la función pública. Concretamente, el concepto se rinde en el marco del Comité de Conciliación de la Secretaría de Educación Distrital.

II. RESPUESTA A LA CONSULTA

Con el fin de presentar concepto a la solicitud realizada por la Secretaría de Educación Distrital, a continuación, abordaremos lo relacionado con los conflictos de intereses y los impedimentos en los siguientes términos:

1. LOS CONFLICTOS DE INTERESES Y LOS IMPEDIMENTOS

El conflicto de intereses está regulado en el derecho administrativo por el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“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

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
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,

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
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.

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

12. Ser el ^{ABOGADO} 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.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, determina la obligación por parte de los servidores públicos de declararse impedidos cuando se encuentren inmersos en un conflicto de intereses, en este sentido este artículo señala:

“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,

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
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. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las citadas normas, podemos definir el conflicto de intereses como la situación en la cual existe un choque entre los intereses personales del servidor público y los intereses de la función administrativa que está obligado a defender dicho funcionario, y que por lo tanto su imparcialidad, objetividad e independencia al momento de decidir se ve afectada.

En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia del año 2011 manifestó:

“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.

(...)

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

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
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.”¹

De lo anterior, se pueden resaltar los elementos que deben confluir para la existencia de un conflicto de intereses, estos son:

1. El interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir, 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.
2. Que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente.
3. Que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto.

En los mismos términos, en sentencia del 2005 el Consejo de Estado dispuso:

“La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicado 25000-23-15-000-2010-001610-01(PI). 17 de Marzo de 2011.

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas.”²

2. LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA

El artículo 75 de la Ley 446 de 1998, “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia” establece:

“Artículo 75. Comité de conciliación. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así:

“Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad.”

Por su parte, el Decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.4.3.1.2.2. define el Comité de Conciliación como “una instancia administrativa que actúa como

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicado 44001-23-31-000-2004-00684-01. 27 de enero de 2005.

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”.

A su vez, el artículo 2.2.4.3.1.2.3. modificado por el artículo 2 del Decreto 1167 de 2016 determina la integración y conformación de los comités de conciliación en los siguientes términos:

“Artículo 2. Modificación del artículo 2.2.4.3.1.2.3. del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

*El artículo 2.2.4.3.1.2.3. del Decreto 1069 de 2016 (sic) quedará así:
11 Artículo 2.2.4.3.1.2.3. Integración. El Comité de Conciliación estará conformado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes:*

- 1. El jefe, director, gerente, presidente o representante legal del ente respectivo o su delegado.*
- 2. El ordenador del gasto o quien haga sus veces.*
- 3. El Jefe de la Oficina Jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad. En el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, concurrirá el Secretario Jurídico o su delegado.*
- 4. Dos (2) funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente.*

La participación de los integrantes será indelegable, salvo las excepciones previstas en los numerales 1 y 3 del presente artículo.

Parágrafo 1. Concurrirán solo con derecho a voz los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto, el apoderado que represente los intereses del ente en cada

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

^{ABOGADO}
proceso, el Jefe de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces y el Secretario Técnico del Comité.

Parágrafo 2. Los comités de conciliación de entidades y organismos del orden nacional podrán invitar a sus sesiones la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien podrá participar cuando lo estime conveniente con derecho a voz y voto.

Parágrafo 3. En lo que se refiere a la integración de los comités de conciliación de los municipios de 4a, 5a y 6a categoría se deberá aplicar lo dispuesto en el Parágrafo 2° del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, para los efectos de que tratan los artículo 46 y 48 ibidem.”

Ahora bien, el artículo 2.2.4.3.1.2.5. señala las funciones de los Comités de Conciliación así:

“Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

- 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*
- 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.*
- 3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.*
- 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.*

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

ABOGADO

5. *Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.*

6. *Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.*

7. *Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.*

8. *Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.*

9. *Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.*

10. *Dictar su propio reglamento.*

Parágrafo. En aquellas entidades donde no exista la obligación de constituir comités de conciliación y no se haya hecho de forma facultativa, las funciones de que trata este artículo serán asumidas por el representante legal de la entidad.”

3. CASO CONCRETO

El Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de la Secretaría de Educación Distrital fue creado mediante la Resolución 9843 de 2001, modificada por la Resolución 1473 del 2003, por la Resolución 875 de 2006, por la resolución 4406 de 2008 y por la Resolución 747 de 2016. Actualmente, este marco normativo dispone que los miembros del comité son:

- La Secretaria de Educación o su delegado.
- La Subsecretaria de Gestión Institucional.
- La Subsecretaria de Acceso y Permanencia.
- La Directora de Contratación.
- La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.
- Quien ejerza la jefatura de la Oficina de Control Interno con derecho a voz pero sin derecho a voto.

Ahora bien, mediante el acuerdo 001 de 2016, modificado por el acuerdo 001 de 2017 del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de la Secretaría de Educación Distrital, se adoptó el reglamento interno del dicho comité, este acto administrativo dispuso en su artículo 6 lo siguiente:

“Artículo 6°. Imparcialidad y autonomía en la adopción de decisiones. A efectos de garantizar el principio de imparcialidad y la autonomía en la adopción de sus decisiones, a los integrantes del Comité les serán aplicables las causales de impedimento y recusación previstas en el ordenamiento jurídico, especialmente las estatuidas en el artículo 11 de la Ley 1437 que adopta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, como el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 y demás normas concordantes.”

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

Del artículo ^{ABOGADO} anterior se puede determinar que las causales de impedimentos y de recusaciones que pueden ser alegadas en el marco del comité de conciliación de la Secretaría de Educación Distrital, serán aquellas dispuestas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las establecidas por el Código Disciplinario Único.

En este sentido, es importante resaltar el carácter taxativo de las causales de impedimentos y recusaciones, al igual que el carácter restrictivo en cuanto a su interpretación, al respecto la Corte Constitucional manifestó:

“No obstante, la jurisprudencia colombiana ha destacado el carácter excepcional de los impedimentos y las recusaciones y por ende el carácter taxativo de las causales en que se originan, lo cual exige una interpretación restrictiva de las mismas (...)”³

Por su parte y en este mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia del año 2009 manifestó:

“Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional.”⁴

Estos extractos jurisprudenciales nos permiten llamar la atención en que solo se podrán declarar impedidos o ser recusados los funcionarios que se encuentren expresamente enmarcados en una de las causales, sin caber para su procedencia ninguna interpretación a las mismas, so pena que un

³ Corte Constitucional. Sentencia C- 881 de 2011. Expediente D-8537.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Número 11001-03-25-000-2005-00012-01. 21 de Abril de 2009.

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

funcionario ^{ABOGADO} al declararse impedido sin encontrar causal para ello caiga en el incumplimiento de las funciones que a este corresponden.

Por otra parte, es importante resaltar que para la procedencia de las causales de impedimentos y de recusaciones necesariamente debe existir un interés personal que signifique un beneficio al funcionario y que afecte la imparcialidad y objetividad del funcionario al momento de tomar una decisión, de lo contrario no podremos hablar de un conflicto de intereses que conlleve a la procedencia de un impedimento o de una recusación.

Ahora bien, la segunda causal del artículo 11, esto es, "*Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente*", merece un especial estudio cuando se está en el marco del comité de conciliación y defensa jurídica de la entidad.

Es preciso indicar que de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los impedimentos y las recusaciones proceden cuando el funcionario adelanta o sustancia actuaciones administrativas, realiza investigaciones, practica pruebas o pronuncia decisiones definitivas, lo cual no se enmarca en el tipo de decisiones que profiere el comité de conciliación, pues recordemos que este es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Sumado a lo anterior, si revisamos las funciones del comité de conciliación, ninguna encuadra dentro de los supuestos de hecho en los que proceden los impedimentos y las recusaciones. Dicho lo anterior es procedente indicar que el haber conocido la actuación con anterioridad no es motivo para declararse impedido o ser recusado cuando se trata del comité de conciliación.

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

ABOGADO
Por el contrario, la presencia de los funcionarios que conocieron y decidieron las actuaciones administrativas en un principio se hace absolutamente necesaria, toda vez que son ellos quienes conocen a fondo las circunstancias y por lo tanto permitirán realizar un estudio y tomar una decisión apropiada.

En los términos anteriores dejamos expuesta nuestra opinión sobre la materia consultada, quedando atentos para cualquier aclaración o complementación que se considere necesaria.

Cordialmente,



CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
Asesor Externo