

Bogotá D.C., 10 de septiembre de 2019

Doctora
MÓNICA ALEJANDRA CRUZ OMAÑA
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF
AV CRA 68 # 24C-75
Bogotá D.C. - Bogotá D.C.

Asunto: Concepto jurídico sobre competencia y procedencia de impedimentos en entidades adscritas al sector de inclusión social y reconciliación.

En atención a la comunicación radicada E-2019-2203-176550 de fecha agosto 9 de 2019, mediante la cual solicita concepto jurídico sobre algunas inquietudes relacionadas con el posible impedimento para adelantar las actuaciones sancionatorias contractuales y administrativas sancionatorias, en contra de la Asociación para la Reeducción de Menores Infractores del Departamento de Bolívar – Asomenores, de manera atenta esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Cuándo se configura el impedimento consistente en hacer parte o pertenecer en el año inmediatamente anterior a la junta directiva de la entidad objeto de decisión?

¿Es Prosperidad Social, como cabeza de sector administrativo de la inclusión social y reconciliación, a quien el ICBF se encuentra adscrito, la autoridad competente para decidir sobre impedimentos para adelantar actuaciones sancionatorias administrativas y contractuales, en contra de Asomenores?

¿Prosperidad Social es competente para determinar a quien corresponde el conocimiento de los procesos sancionatorios, o en su defecto en caso de no considerarse competente para decidir los impedimentos y conflictos de interés, qué autoridad, se puede elevar tal solicitud?

II. ANTECEDENTES

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifiesta que:

El 31 de julio de 1990, la Regional Bolívar suscribió Convenio Interadministrativo con el Departamento de Bolívar, la Alcaldía del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y otras entidades con el objeto de: «Establecer acciones coordinadas tendientes a prestar atención integral a los menores infractores, de acuerdo con las modalidades establecidas en el Código del Menor y demás disposiciones complementarias». Las partes se comprometían a crear y organizar una entidad sin ánimo de lucro que se encargara de la atención, coordinación y manejo de los recursos asignados para el cumplimiento del convenio, desarrollando todas las actividades que requería la ejecución del programa de protección a los menores infractores de la ley penal.

Como consecuencia del mencionado objeto del convenio interadministrativo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Bolívar y las demás entidades integrantes, constituyeron LA ASOCIACION PARA LA REEDUCACIÓN DE LOS MENORES DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR - ASOMENORES, de beneficio social sin ánimo de lucro, adscrita al Sistema Nacional del Bienestar Familiar, conformada y cofinanciada por las entidades partes en el Convenio.

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE

Indica que de conformidad con el artículo quinto de los estatutos de ASOMENORES, el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar o su delegado, hace parte de la junta directiva.

Así mismo expone que: «(...) de acuerdo con la cláusula segunda del convenio, el Departamento, la Alcaldía y el ICBF, debían gestionar y aportar anualmente en partes iguales las partidas necesarias para el funcionamiento del programa, previa la autorización de la Junta Directiva de "ASOMENORES". Estas partidas no incluían los costos relacionados con los programas de formación del personal y la vigilancia, los cuales corrían por cuenta del SENA y el Departamento de Policía de Bolívar.

Que desde el año 2011 hasta el 2018, el ICBF suscribió 55 contratos con ASOMENORES, presentándose a partir del año 2017, presuntas irregularidades en el manejo de los recursos por pago de conceptos que no se encuentran incluidos, ni autorizados en los lineamientos de la modalidad, razón por la cual se pretende adelantar proceso sancionatorio contractual.

Que teniendo en cuenta que la Regional Bolívar requería garantizar la continuidad de la atención especializada a los adolescentes y jóvenes del Sistema de Responsabilidad Penal y ante la imposibilidad de dar licencias a nuevos operadores a tiempo para que prestarán el servicio, se suscribieron nuevamente 5 Contratos de Aporte con ASOMENORES, los cuales tuvieron vigencia hasta el mes de abril de 2019; es decir, que en la actualidad no existen contratos vigentes entre ICBF y la Asociación y, adicionalmente, ASOMENORES no cuenta con licencia de funcionamiento para operar».

Finalmente, informa que en la actualidad se va a iniciar un proceso administrativo sancionatorio por parte de la Oficina de Aseguramiento a la Calidad de la sede Nacional del ICBF, toda vez que se realizó visita de inspección y se identificaron irregularidades en la prestación del servicio.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación, advirtiendo de entrada que con el presente pronunciamiento se señalaran parámetros generales que sirvan de ilustración para la toma de decisiones según corresponda mas no se resolverá el posible impedimento pues para ello se debe acudir al procedimiento previsto en la normatividad vigente.

1. Del conflicto de interés, las causales de impedimento y recusación y el principio de imparcialidad.

Para abordar el asunto es necesario primero hacer una referencia breve al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es así como las inhabilidades son condiciones o situaciones que impiden a una persona natural desempeñar ciertos cargos o ciertas funciones, en forma temporal o definitiva, y responden a razones de conveniencia pública y de ética administrativa relacionadas con condenas a pena privativa de la libertad, sanciones disciplinarias, lazos de parentesco y celebración de contratos con entidades públicas.¹

Las incompatibilidades son impedimentos o prohibiciones morales, legales o de conveniencia que tienen las personas naturales cuando están desempeñando un cargo público y aún después de haber cesado en su ejercicio.²

¹ Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. JORGE ENRIQUE AYALA CALDAS. Ediciones Doctrina y Ley.

² Ídem



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

Es oportuno señalar en este punto la diferencia que existe entre inhabilidad e incompatibilidad, consistente, en palabras del Consejo de Estado, en que las causales de inhabilidad constituyen una prohibición para que alguien sea elegido o nombrado, y pueden dar lugar a la nulidad de la elección o nombramiento, mientras que las incompatibilidades son prohibiciones para el elegido o nombrado, cuya violación es sancionable disciplinariamente³. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así pues, se puede afirmar que:

«(...) mientras el impedimento es un “ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal”, la inhabilidad es una prohibición que pretende evitar que las personas que se encuentren las situaciones que determine la ley, puedan acceder al ejercicio de un cargo(...)»⁴.

La Corte diferencia el impedimento de la recusación en que el primero tiene lugar cuando el juez, exoficio, es quien decide abandonar la dirección del proceso, en tanto que la segunda se produce por iniciativa de los sujetos en conflicto, ante la negativa del juez de aceptar su falta de aptitud para decidir el litigio.⁵

En relación con las causales de impedimentos y recusaciones la Corte Constitucional, ha expresado lo siguiente:

«Las normas que determinan las causales de impedimento y recusación, al igual que las disposiciones que regulan su trámite y decisión, en cuanto disponen sobre la competencia del juzgador en el caso concreto, y comprometen la celeridad de las actuaciones judiciales, son previsiones del orden público y riguroso cumplimiento, como quiera que a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger la persona del juzgador.

Existe una carga para quien interpone la recusación de identificar de manera clara tanto la causal que invoca como los hechos en que la funda. Esa identificación resulta de la mayor importancia, en tanto ella delimita igualmente el ámbito de acción de los jueces encargados de resolver acerca de la configuración o no de las causales de recusación invocadas en los casos concretos que son sometidos a su consideración (...).» (Auto 069/03)

«(...) Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida⁶».

De lo que se infiere que los impedimentos y las recusaciones tienen un carácter excepcional y sus causas son taxativas ergo su interpretación debe ser restrictiva.

De otra parte, el artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), establece:

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejero ponente: Oscar Anibal Giraldo Castaño, Santafé de Bogotá D. C., mayo 6 de 1999, Radicación No. 2233

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D. C., 13 de octubre de 2016, Radicación No. 11001-03-28-000-2015-00019-00.

5 Sentencia C- 496 de 2016.

6 Sentencia C- 881/11

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

«**Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, **imparcialidad**, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...)

3. **En virtud del principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en **asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto** o de interés y, en general, **cualquier clase de motivación subjetiva**». (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Sobre el principio de imparcialidad, la Corte Constitucional ha indicado:

«Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) **subjetiva**, esto es, relacionada con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”; y (ii) una dimensión **objetiva**, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”. No se pone con ella en duda la “rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción” sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue

(...)

En el ámbito continental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado contenido y alcance al concepto de imparcialidad como atributo de la administración de justicia. En el auto 169 de 2009[38], la Corte Constitucional reprodujo algunos de los apartes más relevantes en este sentido, en los siguientes términos:

“La imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, **una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia**.

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar **la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio** y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”. [39](...).⁷ (Negrilla fuera de texto)

«(...)Uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal es el de la **imparcialidad de los servidores públicos**, pues en un Estado Democrático los ciudadanos tienen derecho a acceder a la administración en igualdad de condiciones y con la confianza legítima en el actuar exento de prejuicios de las autoridades estatales, **lo cual exige que quien por alguna circunstancia se encuentre en una situación que pueda alejarlo de la objetividad, la ecuanimidad y la estricta sujeción a la aplicación de la ley, deba separarse del conocimiento del proceso respectivo**»⁸. (Negrilla fuera de texto)

7 Sentencia C- 496 de 2016.

8 Auto Corte Constitucional 284 de 2007.

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE

Posteriormente, el artículo 11 de la norma antes señalada, expresa:

*«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, éste 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. (...)*

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)*

Y sobre el trámite de los impedimentos y recusaciones, el artículo 12 del mismo Código expone:

«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».

En consecuencia, queda claro que a los servidores públicos les son aplicables las causales de impedimento y recusación establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso⁹.

Por otro lado, la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) establece lo siguiente:

*«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*

⁹ De conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que señala: "Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido». (Negrilla fuera de texto)

El conflicto de intereses es una institución que vela por la transparencia democrática, que puede llegar a producirse en todo acto o negociación que se lleve a cabo entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existiendo relaciones negociales, de parentesco o afectividad, que puedan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual refuerza la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

En términos generales, puede decirse que existe una situación de "conflicto de intereses" cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña, como se encuentra consagrado en el artículo 128 Constitucional.

Como se evidencia, el tener interés directo en la materia del asunto que se decide, se erige como causal de impedimento que debe ser puesta en conocimiento de la autoridad administrativa respectiva, así como el haber conocido del proceso o el haber realizado cualquier actuación en instancia anterior, dado concepto o consejo por fuera de la respectiva actuación.

De otra parte, sobre los presupuestos para aceptar un impedimento la Procuraduría General de la Nación ha señalado:

*«Igualmente ha dicho la Sala que es presupuesto fundamental para que se acepte el impedimento, no solamente que el funcionario se limite a invocar la causal, sino también que ofrezca serios y atendibles argumentos que permitan su valoración para concluir, de manera razonable, que al encontrarse incurso en la causal alegada se afecta realmente la imparcialidad y el sano criterio del juzgador, pues de no ser así, es obvio que no puede darse por demostrada».*¹⁰

Entonces, resulta evidente que, para estudiar la configuración de una causal de impedimento, se debe tener **claridad, certeza y prueba de la existencia de un hecho concreto** que tiene relación con la materia a decidir.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

2. Análisis de algunas causales probablemente aplicables al caso concreto.

De la revisión de los antecedentes fácticos señalados en la solicitud de consulta, se vislumbran algunas causales de impedimento que, eventualmente, podrían ser aplicables al caso concreto, razón por la cual se abordará su estudio jurídico.

a. De la causal referida a tener interés particular y directo en la decisión del asunto.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado:

*«La doctrina procesal ha reconocido que la procedencia de un impedimento o recusación por la existencia de un interés en la decisión, **requiere la comprobación previa de dos (2) requisitos esenciales, a saber: el interés debe ser actual y directo.***

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni

¹⁰ Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, Radicación 161-4361 (IUS-128115). Providencia del 10 de septiembre de 2009.



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez». ¹¹ (Subraya y negrilla fuera de texto)

Y en otro pronunciamiento, expresó:

«(...) la normatividad no hace diferencia entre el tipo de interés, razón por la cual una interpretación puramente literal conduce a entender que él puede ser de cualquier tipo: **patrimonial, intelectual o moral**. Esta interpretación ha sido aceptada, además, por la jurisprudencia nacional históricamente, pues ella ha admitido que el interés puede ser de diversas clases, entre las cuales ha mencionado el interés moral y el intelectual, además del patrimonial. Desde 1935, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia sostenía, al resolver el impedimento presentado por uno de los Magistrados, que el artículo 435 del Código Judicial, en tanto no distinguía entre tipos de interés cuando establecía que era suficiente causa de impedimento o recusación "[t]ener interés en el pleito el Juez, o alguno de sus parientes expresado en el numeral 1º", **admitía que un interés de orden moral en la decisión también pudiera considerarse causa legítima de impedimento**. Sostuvo al respecto que "[l]a ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta en este caso, y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal de impedimento».

Pues bien, la posibilidad de recusar a un juez o conjuer por tener interés moral en la decisión, o el imperativo que dichos servidores tienen de declararse impedidos cuando concorra tal circunstancia, constituye una hipótesis de garantía de la imparcialidad judicial cuando no se presente ninguna otra causal de recusación o impedimento, y se configura cuando en quien está llamado ejercer jurisdicción pueda **acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar**. ¹² (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado:

«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" ¹³ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, para que se configure esta causal es necesario demostrar que la situación particular del funcionario que debe adoptar la decisión conlleva un provecho personal, bien sea patrimonial o moral y que es actual al momento de desarrollar la actuación.

¹¹ Auto No. 201/16 de Corte Constitucional, 11 de mayo de 2016.

¹² Sentencia C – 496 de 2016.

¹³ 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.

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE

b. De la causal referida a haber actuado como miembro de Junta Directiva de la entidad objeto de decisión dentro del año anterior.

Esta causal se considera que es de tipo objetivo, esto es, está basada en la ausencia de prejuicios e intereses personales; toda vez que, solo requiere probar que el hecho descrito en la causal de impedimento se sucede en el caso analizado, como es el pertenecer a la junta directiva dentro del año inmediatamente anterior, lo cual es de fácil verificación.

Para explicar tanto las causales objetivas como las subjetivas la Corte Constitucional se ha pronunciado, así:

«Ahora bien, tanto las causales objetivas como subjetivas deben ser debidamente probadas.

De hecho, la norma acusada lo que sanciona no es otra cosa que "cuando una recusación se declare no probada" (art. 156 C.P.C.).

No obstante, es diferente la prueba de las causales que la Corte ha denominado objetivas de aquellas llamadas subjetivas, así:

(...) la prueba es por naturaleza objetiva y por tanto la cuestión de su estudio se reduce a establecer si existe o no existe prueba, pues si existe la recusación queda automáticamente probada y si ello no ocurre la recusación resultaría no probada. En esta última hipótesis la ausencia de prueba es sancionable de manera razonable, y por tanto ajustada a la Carta, por lo siguiente: siendo un hecho objetivo demostrable fácilmente por medios escritos o demás medios probatorios que no permiten ningún margen de apreciación subjetiva, la cuestión se limita a verificar si el hecho existe o no. Ahora si se alega una causal objetiva de recusación y no se puede probar, es claro que desaparece la presunción de inocencia (art. 29 CP) y el principio de la buena fe (art. 83 idem) (...)

En el segundo caso, vale decir, ante la presencia de causales subjetivas (...), la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del "interés directo o indirecto" en el proceso como de la "enemistad grave o amistad íntima" es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba.

Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fe. Es por ello que, en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.

Es más, la sanción disciplinaria, tanto en los casos de las causales subjetivas como objetivas, debe estar enmarcada por los principios constitucionales del debido proceso y de la presunción de inocencia, sólo que en ambos casos existirían pruebas pre constituidas de diferente valor probatorio (...)¹⁴

¹⁴ Sentencia C-390, 16 de 1993.



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

Ahora bien, es de exaltar que, en materia de contratación estatal, se exige que todas las actuaciones de los servidores públicos se rijan por las reglas sobre la administración de los bienes ajenos y las conductas ajustadas a la ética y a la justicia¹⁵.

Por ello es por lo que cualquier circunstancia que pueda afectar los principios de transparencia y selección objetiva en el contrato estatal, impone el deber a los funcionarios públicos de informar de dichas circunstancias, que eventualmente puedan obstaculizar a la administración.

3. Del proceso sancionatorio administrativo y sancionatorio contractual en el ICBF.

En la Resolución 3435 de 2016, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se establece el **trámite administrativo sancionatorio** y en su artículo 36 determina que le compete a la *Dirección General del ICBF adelantar el proceso administrativo sancionatorio*, conforme con la estructura orgánica de la entidad; en su artículo 46 se refiere a la adopción de la decisión, indicando que luego de vencido el término para presentar alegatos de conclusión, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contará con un término máximo de treinta (30) días para imponer la sanción u ordenar el archivo de la actuación, en cuyo caso se expedirá acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio con el archivo o sanción, debidamente fundamentado contra el cual procede el recurso de reposición, en el efecto suspensivo.

Así mismo en su artículo 50 se indica que contra las providencias decretadas en el proceso administrativo sancionatorio procederá el recurso de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. Es de advertir que dentro del Proceso de Inspección, Vigilancia y Control se encuentra el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Respecto del **proceso sancionatorio contractual** previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y desarrollado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, para el caso de evidenciarse un posible incumplimiento de las obligaciones contractuales, puede decirse que en el ICBF existe un «Procedimiento para imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento» establecido con el fin de determinar las etapas que se deberán surtir para ser adelantado en el ICBF; el cual inicia con la citación a audiencia al contratista y su garante, y se da por terminado con el acto administrativo que resuelve la actuación, el cual está incluido dentro del Proceso de Adquisición de Bienes y Servicios, en donde se explica el paso a paso indicando que para la actividad de instalación y desarrollo de la audiencia, es el Director de Contratación o el *Director Regional, según corresponda*, mediante acto administrativo motivado, *resolverá de fondo el procedimiento administrativo sancionatorio*. (Literal c. del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011). Contra la decisión así proferida sólo *procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia*. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia. (Literal c. del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

Luego de expedido el acto administrativo *que resuelva de manera definitiva* el procedimiento administrativo sancionatorio, el (la) Director (a) de Contratación o el (la) *Director (a) Regional, según corresponda*, deberá expedir la constancia de ejecutoria de este, en los términos indicados en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

De igual forma, en el Manual de Contratación del ICBF numeral 3 del artículo 1.4.4 dispone que a los Directores Regionales les compete adelantar el trámite, presidir las audiencias y expedir los actos administrativos de imposición de multas, declaratoria de incumplimiento y demás sanciones contractuales originadas en los contratos o convenios suscritos por éstos.

¹⁵ El numeral 4° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dispone: "**ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.** En virtud de este principio: (...) 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE

4. Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración se cuestiona sobre la existencia de conflicto de intereses, inhabilidad o incompatibilidad para adelantar procesos sancionatorios contractuales y sancionatorios administrativos a Asomenores, por parte del Director Regional Bolívar o, en su defecto, por parte de la Directora General del ICBF, teniendo en cuenta que el Director Regional del ICBF forma parte de la junta directiva del posible sujeto de sanción y por la Directora General en consideración a que la creación de ASOMENORES surgió en cumplimiento del objeto establecido en el convenio interadministrativo que fue suscrito en el marco de la delegación del Director General al Director Regional ICBF Bolívar.

De conformidad con lo anterior se analizará primero el caso de la Directora General del ICBF y luego el del Director Regional.

a. Directora General.

i) *Proceso sancionatorio administrativo.*

Respecto del proceso sancionatorio administrativo es claro que según la Resolución 3435 de 2016, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el trámite administrativo sancionatorio el competente para adelantar el proceso es la Directora General, así como la adopción de la decisión para lo cual solo procede el recurso de reposición, por lo que siempre estaría llamada la Directora a decidir el asunto; no obstante, el argumento esgrimido por el ICBF respecto a que Asomenores surgió en cumplimiento del objeto establecido en el Convenio Interadministrativo, suscrito en el marco de la delegación del Director General al Director Regional ICBF Bolívar no contempla la existencia de alguna incompatibilidad en el entendido que estos actos se han sucedido con ocasión del cumplimiento de las funciones legales asignadas y no persigue en ningún momento un interés o beneficio particular y concreto.

Del mismo modo, al no pertenecer la Directora a la Junta Directiva de Asomenores, no se configura esta causal que es de carácter objetivo.

ii) *Procedimiento sancionatorio de carácter contractual.*

Como se señaló anteriormente, al interior del ICBF se encuentra reglado el procedimiento y las competencias para determinar el encargado de adelantar las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio contractual, siendo éste el Director de Contratación o el Director Regional, según corresponda, las cuales finalizan con una decisión contra la que solo procede recurso de reposición.

En este orden de ideas, la Directora General no tiene a su cargo la decisión o sustanciación del asunto y tampoco llegará a su conocimiento, elemento fundamental para que se configure cualquier causal de impedimento o recusación.

b. Director Regional.

i) *Proceso sancionatorio administrativo.*

Como se señaló anteriormente, en el proceso sancionatorio administrativo la competente para adelantar la actuación es la Directora General mas no el Director Regional, luego al no tener a su cargo la decisión o sustanciación del asunto ni la posibilidad que llegue a su conocimiento, no se configura este elemento fundamental para la procedencia de cualquier causal de impedimento o recusación.

ii) *Procedimiento sancionatorio de carácter contractual.*

El Manual de Contratación del ICBF en el numeral 3 del artículo 1.4.4 dispone que a los Directores Regionales les compete adelantar el trámite, presidir las audiencias y expedir los actos administrativos de imposición de



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

multas, declaratoria de incumplimiento y demás sanciones contractuales originadas en los contratos o convenios suscritos por éstos.

En este orden de ideas se evidencia que al Director Regional le compete adelantar y decidir la actuación administrativa en contra de Asomenores, luego se debe analizar si se configura alguna causal de impedimento o recusación.

La situación fáctica descrita vislumbra la existencia de situaciones que podrían circunscribirse a las descritas en las causales de impedimentos del artículo 11, numerales 2 y 16 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que corresponde exactamente al supuesto de hecho sujeto de este análisis, consistente en haber conocido del asunto previamente o tener interés directo o haber actuado como miembro de junta directiva dentro del año inmediatamente anterior.

Respecto de la causal del numeral 2 a simple vista podría decirse que encuadraría con ocasión del desarrollo de las tareas propias de las funciones descritas en el Decreto 1927 de 2013 para la Dirección Regional, dado el conocimiento previo que se requiere para su ejecución; no obstante, es presupuesto fundamental para que se acepte el impedimento, contar con sólidos argumentos que permitan concluir, de manera razonable, que con su participación previa se afecta realmente la imparcialidad y el sano criterio del juzgador.

De otra parte, la situación descrita se ajustaría al supuesto de hecho de la causal del numeral 16, por cuanto efectivamente el Director Regional participó el año inmediatamente anterior en la Junta Directiva de Asomenores, que es la asociación objeto del proceso sancionatorio; causal que como se dijo, es objetiva luego basta con acreditar que pertenece a dicha Junta para que se configure.

IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo anteriormente señalado, los problemas jurídicos planteados se responden de la siguiente manera:

¿Cuándo se configura el impedimento consistente en hacer parte o pertenecer en el año inmediatamente anterior a la junta directiva de la entidad objeto de decisión?

Se configura desde el momento que se es nombrado miembro de la junta directiva y dentro del año inmediatamente anterior el haber actuado como tal, pues es una causal objetiva; toda vez que, solo se necesita cumplir con lo estipulado en la causal, tiene un carácter excepcional y taxativo en la ley ergo su interpretación debe ser restrictiva.

¿Es Prosperidad Social, como cabeza de sector administrativo de la inclusión social y reconciliación, al que el ICBF se encuentra adscrito, la autoridad competente para decidir sobre impedimentos para adelantar actuaciones sancionatorias administrativas y contractuales, en contra de la Asociación para la Reeducación de Menores Infractores del Departamento de Bolívar – Asomenores?

De conformidad con lo señalado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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. En consecuencia, al no tener la Directora General del ICBF superior jerárquico, debe enviar el impedimento a la Dirección del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social en su calidad de cabeza del Sector de Inclusión Social y Reconciliación al cual pertenece.

Ahora bien, en el caso sometido a consideración es necesario diferenciar entre el proceso sancionatorio administrativo y el contractual, pues para el procedimiento administrativo sancionatorio la responsable es la Directora General del ICBF y si ella llegase a considerar que tiene impedimentos deberá enviar la actuación con escrito motivado a la Dirección General de Prosperidad Social como cabeza del respectivo sector administrativo para que decida de plano sobre el impedimento y, en caso de ser aceptado, la Directora de Prosperidad Social

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA

No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

F-OAP-021-MEM-V04



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: S-2019-1400-200789

Fecha: 2019-09-10 3:34:01 PM

determinará a quien corresponde el asunto pudiendo designar un funcionario ad hoc, mientras que para el procedimiento sancionatorio contractual, la responsabilidad está en cabeza del Director Regional y, por ello, si tuviera impedimentos, el superior jerárquico es la Directora General del ICBF, quien decidiría los mismos; no obstante, resolver el impedimento no implica decidir el asunto de fondo y está facultada para designar un funcionario ad hoc para que lo resuelva, si así lo considera.

¿Prosperidad Social es competente para determinar a quien corresponde el conocimiento de los procesos sancionatorios, o en su defecto en caso de no considerarse competente para decidir los impedimentos y conflictos de interés, qué autoridad, se puede elevar tal solicitud?

Como se señaló anteriormente, la Directora de Prosperidad Social solo conoce de los impedimentos o recusaciones que se formulen en contra de la Directora General del ICBF mas no de sus otros funcionarios. Estos impedimentos o recusaciones deben recaer exclusivamente sobre asuntos de los cuales conozca o deba conocer la Directora General y sobre los que deba proferir algún tipo de decisión.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Revisor:	Omar Alberto Baron Avendaño
Elaboro:	Martha Lucía Velásquez Prada
Folios:	12
Anexo:	0

Prosperidad Social

Centro de Atención Telefónica: 018000951100 – (571) 5954410

Atención por teléfono móvil: mensaje de texto al 85594

www.prosperidadsocial.gov.co

Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades de forma GRATUITA
No recurra a intermediarios. No pague por sus derechos. DENUNCIE