



Función Pública

Concepto 177351 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000177351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000177351

Fecha: 20/05/2021 04:56:41 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Conflicto de Interés - Criterios para dirimir empate encargo - RADICACIÓN: 20212060429542 del 13 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que debe proceder a dirimir un empate surgido en la Comisión de Personal a causa de un encargo de un profesional en un cargo de carrera y en tal sentido consulta:

1. "La Presidente de la Comisión de Personal es la profesional Universitario del área de Control Interno de quien soy jefe.

¿Yo como jefe de quien remite el caso para dirimir estoy incurso en algún impedimento, o conflicto de interés para poder dirimir?

2. Ya en el desarrollo de dirimir ¿A qué acciones se refiere dicha actuación y como la evidencio?", me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, para abordar el interrogante No. 1, la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", en igual sentido, indica:

"ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> 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.” (Destacado nuestro)

Así mismo, el Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011² señala:

“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.

(...)

4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

(...)

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.

(...)

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.

(...)” (Destacado nuestro)

En virtud de las normas citadas anteriormente, el conflicto de interés se define como el choque entre los intereses personales del servidor público y los intereses de la función pública, la cual está obligada a defender y que al existir este conflicto podría verse afectado su imparcialidad, independencia u objetividad al momento de decidir la actuación correspondiente.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, 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, sobre este tema 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. IP0130, 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"

La misma corporación mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:

"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 calidad 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.

(...)

3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

(...)

3.3 Choque de intereses. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurra alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos (...)". Más adelante, con fundamento en la jurisprudencia de la Corporación, reiteró la Sala en el mismo concepto "(...) en los eventos en que el interés no es actual, es decir, cuando no se ha adquirido y por tanto no puede afectarse, no es viable inferir la existencia de un interés personal y concreto que comprometa la imparcialidad. Ahora bien, de manera obvia, ante la ausencia de interés directo y actual, no puede afirmarse que la decisión afecte de cualquier manera - a favor o en disfavor -, al

congresista o a sus parientes o socios"

La Sección Primera de la misma corporación, con consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, radicado 25000-23-15-0002010-001610-01, dispone:

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 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 institucional que les compete decidir. De suerte que la casual no se configura por el solo 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 aquella.

(...) (destacado nuestro)

Por su parte, la misma sección, mismo consejero ponente, bajo el radicado 25000-23-15-0002004-000684-01, 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 de 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 perjuicio;

De lo anteriormente indicado, se puede resaltar que, los elementos que deben confluir para la existencia de un conflicto de intereses 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 circunstancia o elementos externos a la misma.
2. Que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor del servidor, o de sus parientes.
3. Que además no manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite en el cual interviene.

Es importante agregar que para el caso en particular las causales de impedimentos y recusaciones que pueden ser alegadas son las dispuestas en el código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo y por el código Disciplinario único.

Al respecto sobre el carácter taxativo de las causales de impedimento y recusación, el Consejo de Estado 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 que quien decide, no es discrecional*"³.

De acuerdo a lo anterior se colige que, solo se podrá declarar impedidos o ser recusados los funcionarios que se encuentren expresamente enmarcados en una de las causales, sin que haya lugar a interpretación a las mismas, so pena que un funcionario se declare impedido sin

encontrar una causal para ello, e incurrir en el incumplimiento de las funciones que le corresponde.

Así las cosas, para el caso que nos ocupa manifiesta un posible impedimento, toda vez que como Jefe de la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Cajicá, es jefe de la servidora pública que ejerce la función de Presidente de la Comisión de Personal, funcionaria que le remite la actuaciones correspondientes para dirimir un empate para acceder a un encargo.

Ahora bien, en virtud de lo que se ha dejado indicado hasta ahora, especialmente la jurisprudencia relacionada con el tema, como quiera que para que se configure un conflicto de interés necesariamente debe existir un interés personal, directo, un beneficio especial, particular y concreto, que signifique un beneficio para el servidor o sus parientes, pues afecta la imparcialidad y la objetividad del mismo al momento de tomar una decisión, no se evidencia que en esta caso, se incurra en las causales invocadas, toda vez que sus actuaciones se enmarcan dentro del ejercicio propio de sus funciones como Jefe de la Oficina de Control Interno de la entidad.

Es decir, por el hecho de recibir la correspondiente actuación tendiente a dirimir un empate surgido en la Comisión de Personal a causa de un encargo, por parte de un profesional que funge como Presidente de la Comisión de personal de la entidad pero que a la vez es su subalterna, en criterio de esta Dirección Jurídica dicha situación no se configura como un interés directo enmarcado dentro de las causales establecidas en el Artículo 11 de la ley 1437 de 2011 o en el Código Disciplinario Único, ya que ambas servidoras públicas están ejerciendo las funciones que le son propias de sus correspondientes cargos.

Por último, en cuanto a su interrogante No. 2 sobre cómo dirimir dicho empate, se hace necesario traer a colación el Criterio Unificado⁴ expedido el 13 de agosto de 2019 por la Comisión Nacional del Servicio Civil sobre la Provisión de empleos públicos mediante encargo y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, en el que se indicó:

“4. 6 Cómo proceder a la provisión de una vacante mediante encargo cuando existe pluralidad de servidores de carrera que cumplen los requisitos?”

Si efectuado el estudio por parte de la entidad, se evidencia que existe pluralidad de servidores de carrera con derecho a ser encargados porque acreditan:

- a. Los requisitos (estudios y experiencia) para ejercer el empleo a proveer,
- b. Poseer las aptitudes y habilidades para el desempeño del empleo a proveer:
- c. No han sido sancionados disciplinariamente en el último año;
- d. Desempeñan el empleo inmediatamente inferior y;
- e. Su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

La Unidad de Personal de la respectiva entidad deberá:

- a) Publicar a través de su intranet o medio de amplia difusión para los funcionarios, el listado de los servidores de carrera que cumplen los requisitos para ser encargados del empleo a proveer, con el objeto de que quienes se encuentren interesados así manifiesten, mediante

comunicación oficial a través del medio más expedito disponible, incluyendo el correo electrónico personal para el caso de servidores de carrera que se encuentran en situaciones administrativas que implican su ausencia de la entidad, siempre que se hallen en servicio activo. Igualmente, los servidores que no estén interesados en ser encargados deberán expresarlo a través de los medios antes definidos.

b) Efectuada la manifestación de interés por uno o varios aspirantes, la Unidad de Personal de la entidad usará alguno de los métodos referidos en el numeral 2° del literal b) del aparte No. 3 del presente Criterio⁵. Por su parte, si aplicado uno de los métodos se encuentra que sólo un servidor cumple los requisitos, deberá efectuarse el nombramiento en encargo a éste.

c) Si continúa la pluralidad de servidores que cumplen los requisitos, la Unidad de Personal podrá acudir a los criterios de desempate que se muestran a continuación y en el orden que previamente determine.

Criterios de desempate para la provisión de un empleo de carrera mediante encargo cuando existe pluralidad de servidores de carrera que cumplen requisitos.

Existirá un empate cuando varios servidores de carrera cumplan la totalidad de los requisitos exigidos en el Artículo 24 de la Ley 909 de 200410 para ser encargados, caso en el cual la administración deberá actuar bajo unos parámetros objetivos y previamente establecidos con fundamento en el mérito, pudiendo aplicar entre otros y en el orden que estime pertinente, los siguientes criterios.

a) El servidor con derechos de carrera administrativa que acredite mayor experiencia relacionada (de acuerdo a lo exigido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales).

b) Mayor puntaje en la última calificación definitiva del desempeño laboral.

c) Pertenecer a la misma dependencia en la que se encuentra el empleo objeto de provisión.

d) El servidor público que cuente con distinciones, reconocimientos u honores en el ejercicio de sus funciones durante los últimos cuatro (4) años.

e) El servidor con derechos de carrera que acredite educación formal relacionada y adicional al requisito mínimo exigido para el cargo, para lo cual se verificará la información que se encuentre en la historia laboral. Se deberá establecer un puntaje por cada título de educación formal adicional al requisito mínima.

f) El servidor con derechos de carrera que acredite la condición de víctima, en los términos del Artículo 131 de la Ley 1448 de 2011, "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones"

g) El servidor con derechos de carrera más antiguo de la entidad.

h) El servidor de carrera que hubiere sufragado en las elecciones inmediatamente anteriores, para lo cual deberá aportar el certificado de votación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 403 de 1997.

i) De no ser posible el desempate, se decidirá a la suerte por media de balotas, en presencia de pluralidad de servidores de la entidad entre ellos control interno.

Por lo tanto, en caso de empate para la provisión de un empleo de carrera mediante encargo, la entidad podrá acudir a las pautas que se han dejado indicadas anteriormente, establecidas en el Criterio Unificado Provisión de Empleos Públicos Mediante Encargo y Comisión para Desempeñar Empleos de Libre Nombramiento - 13 de agosto de 2019, el cual, podrá consultar el siguiente link: <https://www.cns.gov.co/index.php/criterios-y-doctrina/criterios-unificados/encargo>

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

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.
3. Consejo de Estado, Sala plena. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Numero 11001-03-25-000-2005-00012-01, de 21 de abril de 2009.
4. Ponente: Comisionado Fridole Ballén Duque.
5. Se podrán recolectar evidencias de las aptitudes y habilidades de estos servidores. preferiblemente aquellas que sean más predictivas Algunos de los métodos que pueden usarse para recolectar estas evidencias son a) pruebas psicométricas; y b) nivel de desarrollo obtenido en los compromisos comportamentales de la Evaluación de Desempeño Laboral,

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:34