



Función Pública

Concepto 088071 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000088071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000088071

Fecha: 01/03/2023 10:08:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONFLICTO DE INTERES. Requisitos para su configuración. Radicado: 20232060053662 del 26 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Trabajo, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

- *¿Es posible predicar que existe un conflicto de intereses respecto de un particular o dicha situación corresponde a servidores públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Código General Disciplinario?*
- *¿Podría generarse un conflicto de intereses en cabeza de quien no tiene potestad de regulación, gestión, control, o decisión, ni lo tuviese su cónyuge, compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o su socio de hecho o de derecho?*
- *¿Existe algún tipo de restricción laboral para trabajadores con posterioridad a su desvinculación de una sociedad de economía mixta cuya participación accionaria es el Distrito de Bogotá?*
- *¿Se podría generar una vulneración a los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, al restringirse por parte de Capital Salud EPS la posibilidad de que extrabajadores de su empresa sean vinculados laboralmente con entidades que tengan relación contractual con la EPS argumentando que hay un conflicto de intereses?*
- *¿Cuáles son las posibles sanciones que podrían llegar a aplicarse a dicha entidad por violentar los derechos mencionados?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011 con relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consideró lo siguiente:

Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No. 1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. Es decir, son taxativas, tienen un carácter prohibitivo y están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley. Además, su interpretación es restrictiva por lo que no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. El artículo 40 de la Ley 1952 de 2012, «Por la cual se expide el Código Disciplinario Único», estipula:

El artículo 44 de la Ley 1952 de 2019, estipula:

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.

La determinación de un conflicto de interés debe analizar la configuración de un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación.

El conflicto surge cuando el interés general propio de la función pública entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público. O si lo tiene su cónyuge, compañero(a) permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y/o su(s) socio(s) de hecho o de derecho. Esto para garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos públicos principios que pueden ser vulnerados al encontrarse intereses privados en prevalencia sobre el interés general.

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto núm. 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, afirma:

El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala 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 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”.

Por ende, la concurrencia entre el interés particular y el interés público afecta alguna decisión en cuyo caso quien deba tomarla está obligado a declararse impedido para poder hacerlo. Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 2005, se refirió a la naturaleza del interés que genera conflicto, indicando en esa oportunidad lo siguiente:

(...) Existe un interés directo, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio. Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la comprobación del mismo: “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Sólo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico, puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquél en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo”³. Por otra parte, el interés se torna en particular, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser inmediato, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de evidencia fáctica su realización en el futuro⁴.

La determinación de un conflicto de interés debe analizar la configuración de un interés directo, inmediato y particular como contraposición del interés general que implique el aprovechamiento de su posición frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011⁵ establece en su artículo 11 las causales por las cuales se configura un conflicto de interés y puede declararse impedido o ser recusado. Una de estas o, la más común, hace referencia al interés particular y directo en la actuación. En este caso, el artículo 12 de la misma ley fija el trámite para declararse impedido, el cuál si es aceptado puede designarse a un funcionario *ad hoc* para que resuelva la controversia.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas.

Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo. Hecha esta aclaración, a continuación, nos referiremos a cada uno de los interrogantes propuestos en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

- ¿Es posible predicar que existe un conflicto de intereses respecto de un particular o dicha situación corresponde a servidores públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Código General Disciplinario?

R/ El artículo 25 de la Ley 1952 de 2019 resalta que son destinatarios de la ley disciplinaria, entre otros, los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que cumplan funciones públicas⁶.

- *¿Podría generarse un conflicto de intereses en cabeza de quien no tiene potestad de regulación, gestión, control, o decisión, ni lo tuviese su cónyuge, compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o su socio de hecho o de derecho?*

R/ El conflicto de interés, de acuerdo al numeral 1, artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 la causal es: *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*⁷.

- *¿Existe algún tipo de restricción laboral para trabajadores con posterioridad a su desvinculación de una sociedad de economía mixta cuya participación accionaria es el Distrito de Bogotá?*

R/ Una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, es específico, los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019; así como el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968⁸, no se configura impedimento para los trabajadores que se retiran de una sociedad de economía mixta, cuya participación accionaria es el distrito de Bogotá.

- *¿Se podría generar una vulneración a los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, al restringirse por parte de Capital Salud EPS la posibilidad de que extrabajadores de su empresa sean vinculados laboralmente con entidades que tengan relación contractual con la EPS argumentando que hay un conflicto de intereses?*

R/ Las causales para configurar el conflicto de interés se encuentran determinadas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011. Así, de considerar vulnerados sus derechos al trabajo y

Administrar recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible tanto al representante legal como a los miembros de la Junta Directiva, según el caso a la libertad, conforme a lo expresado al inicio de este acápite, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias, cuya decisión está atribuida a los jueces de la República.

- *¿Cuáles son las posibles sanciones que podrían llegar a aplicarse a dicha entidad por violentar los derechos mencionados?*

R/ Respecto a las sanciones por vulnerar los derechos al trabajo y a la libertad, se reitera la conclusión dada en el punto anterior, en tanto, debe acudir a los jueces de la República.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

²Sentencia proferida dentro del Expediente núm. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

³Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.

⁴Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁵«Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo»

⁶ARTÍCULO 70. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia.

Los auxiliares de la justicia serán disciplinables conforme a este Código, sin perjuicio del poder correctivo del juez ante cuyo despacho intervengan.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

⁷Destacado nuestro.

⁸ «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 10:02:26