

FUNCIÓN PÚBLICA

FEBRERO 2018

GUÍA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conflictos de interés de servidores públicos

VERSIÓN 2



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública

- DOCUMENTO OFICIAL -



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública

Guía de Administración Pública

Conflictos de interés de servidores públicos

Redacción y Edición

Dirección Jurídica

Coordinación Editorial

Dirección de Gestión del Conocimiento

Diseño y Diagramación

Oficina Asesora de Comunicaciones

Departamento Administrativo de la Función Pública

Carrera 6 No 12-62, Bogotá, D.C., Colombia

Conmutador: 739 5656 / 86 - Fax: 739 5657

Web: www.funcionpublica.gov.co

e mail: eva@funcionpublica.gov.co

Línea gratuita de atención al usuario: 018000 917770

Bogotá, D.C., Colombia.

Guía de Administración Pública

Conflictos de interés de servidores públicos

Liliana Caballero Durán
Directora

Fernando A. Medina Gutiérrez
Subdirector

Ángela María González
Secretaria General

Claudia Hernández León
Directora Jurídica

Juliana Torres Quijano
Directora de Gestión del Conocimiento (E)

Elaborado por
Mónica L. Herrera Medina
Mercedes Avellaneda
Ernesto Andrés Fagua
Francisco Javier Gómez
Pedro Pablo Hernández
Luis Fernando Nuñez

Coordinación Editorial
Dirección de Gestión del Conocimiento

Diseño y Diagramación
Nohora Susana Bonilla Guzmán

Tabla de Contenido

Presentación.....	7
1. Concepto de conflicto de intereses.....	9
2. Elementos del conflicto de intereses.....	11
3. Características del conflicto de intereses.....	12
4. Definiciones especiales a tener en cuenta.....	13
5. Causales de impedimento y recusación.....	15
6. Tratamiento que se debe dar al servidor público en caso de que incurra en un conflicto de intereses.....	21
7. Regulaciones especiales o particulares del conflicto de intereses.....	25
8. Jurisprudencia.....	30
9. Consultas frecuentes	37

- DOCUMENTO OFICIAL -

Presentación

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en ejercicio de sus competencias legales y teniendo en cuenta el avance Jurisprudencial y legal de los últimos años, ha elaborado la guía actualizada sobre conflicto de interés.

Este documento es una herramienta técnica que facilita la implementación de la política de Integridad que hace parte de la dimensión "Talento humano" del modelo integrado de planeación y gestión - MIPG, con el fin de que las entidades públicas desarrollen sus procesos de gestión estratégica con calidad e integridad del servicio para generar valor público.

Esta guía en particular desarrolla el conflicto de interés, y pretende explicar de una manera clara y sencilla para el lector todo el marco normativo y jurisprudencial que encierra este tema de interés general.

Finalmente es un orgullo para Función Pública poner a disposición de todo el público el "**Gestor Normativo**" a través de la página web <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> donde se podrán consultar más de 3.000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

1. CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERESES

Un conflicto de interés surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales.

El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

En términos genéricos, 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.

En Colombia, los conflictos de intereses para los servidores públicos, se encuentran regulados en la Constitución Política, en la ley y en la reglamentación interna o estatutos de las entidades públicas.

En ese sentido, encontramos que la Constitución Política en su artículo 122 consagra, que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, y antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Igualmente, la Ley 190 de 1995, en su artículo 15, dispone: “Será requisito para la posesión o para el ejercicio de función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin ánimo de lucro de la

cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los dos (2) meses siguientes al mismo.”

Se puede deducir de las anteriores previsiones constitucionales y legales, que desde que una persona inicia su vinculación con la función pública, el Estado le exige que le suministre una información fundamental, que le permitirá más adelante establecer cualquier conducta en la que pueda presentarse un conflicto de intereses en el desempeño de sus funciones, para efectos de tomar las medidas conducentes a prevenir cualquier actuación que implique parcialidad y corrupción, o proceder a sancionar al servidor público cuando incurra en uno de esos actos sin declararse impedido para actuar, concretando la conducta en detrimento de los principios constitucionales que orientan la función pública.

En este orden de ideas, el establecimiento de un régimen que regule los conflictos de intereses, tiene por finalidad garantizar que al momento de adoptarse decisiones por parte de los servidores públicos, o particulares que desempeñen funciones públicas de manera temporal, o los miembros de organismos colegiados, se consulte siempre el bien común, evitando que el interés particular que pueda tenerse sobre determinado aspecto, prevalezca afectando con ello el interés general. Es una forma de garantizar la transparencia en la adopción de decisiones y de los debates que las anteceden.

En este orden de ideas, será necesario el análisis en cada caso particular 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 y garantías de los asociados.

2. ELEMENTOS DEL CONFLICTO DE INTERESES

▶ 2.1

Tener un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto.

▶ 2.2

Que dicho interés lo tenga alguna de las personas que interviene o actúa en su condición de empleado público conforme a lo regulado en la normativa vigente.

▶ 2.3

Que no se presente declaración de impedimento para actuar en el mismo, por parte del empleado público.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO DE INTERESES

3.1

Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.

3.2

Mediante el régimen de conflictos de intereses se busca preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública, evitando que su interés particular afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado.

3.3

Debe estar previsto dentro de un marco normativo.

3.4

Los Conflictos de Intereses son inevitables y no se pueden prohibir, ya que todo servidor público tiene familiares y amigos que eventualmente podrían tener relación con las decisiones o acciones de su trabajo.

3.5

Genera ocurrencia de actuaciones fraudulentas o corruptas.

3.6

Afecta el normal funcionamiento de la administración pública

3.7

Genera desconfianza en el quehacer público.

3.8

Un conflicto de interés puede ser detectado, informado y desarticulado voluntariamente, antes que, con ocasión de su existencia, se provoquen irregularidades o corrupción.

3.9

Puede involucrar a cualquier servidor público o quien a particular que desempeñe funciones públicas, no obstante, generalmente las mayores implicancias ocurren con los cargos de más alto nivel que tiene toma de decisiones, ejercer jurisdicción o manejo.

4. DEFINICIONES ESPECIALES A TENER EN CUENTA

Para determinar la existencia de conflictos de intereses es necesario conocer los siguientes términos.

- ▶ **4.1. Función Pública.** Se entiende por “función pública” a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades, en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Este amplio enfoque incluye a toda persona que realiza o contribuye a que se realicen funciones propias de la administración, incluyendo a los particulares cuando ejercen funciones públicas.

Es el conjunto de normas, principios, instituciones, procedimientos, y trámites que regulan la relación entre el servidor público y la administración o el particular que ejerce funciones públicas. Es decir, se refiere a la relación o el vínculo entre el Servidor Público o el particular que ejerce funciones públicas y la Administración.

En Colombia, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Artículo 209 de la Constitución Política).

Esto significa que en relación con la Función Pública los Servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas, en su relación con el Estado, deben siempre someterse a estos principios constitucionales.

► 4.2. Interés Público

Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente de Estado.

► 4.3. Interés Privado

Se denomina interés privado al interés particular, ya sea personal, laboral, económico o financiero, de la persona que ejerce la función pública o de aquellos sujetos o grupos a los que pertenece o con quienes se relaciona o ha relacionado. El interés privado no debe ser necesariamente pecuniario.

► 4.4. Servidores Públicos

Los servidores públicos son las personas que prestan sus servicios al Estado, a la administración pública. Según el artículo 123 de la Constitución de 1991, "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

► 4.5. Empleados Públicos

Persona natural que ejerce las funciones correspondientes a un empleo público, su vínculo se realiza a través de un acto administrativo unilateral de nombramiento.

► 4.6. Trabajador Oficial

Tienen este carácter quienes prestan sus servicios en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas y su vinculación laboral se realiza mediante un contrato de trabajo. Igualmente tal denominación la reciben también quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado.

► 4.7 Miembros de Corporaciones Públicas

Senadores y Representantes a la Cámara, los Diputados, Concejales y miembros de las juntas Administradoras Locales.

5. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN

5.1. Régimen Disciplinario.

La Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, señala:

“ARTÍCULO 54. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
2. Las contempladas en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.
3. (...)

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir”.

“Artículo 84. *Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes:*

1. *Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*
2. *Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.*

3. *Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.*
4. *Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.*
5. *Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.*
6. *Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*
7. *Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*
8. *Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.*
9. *Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*
10. *Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada."*

5.2. Régimen Administrativo.

La Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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 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, 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.*
 12. *Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.*
 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.”*

5.3. Régimen Penal.

El Código de Procedimiento Penal señala:

“Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

1. *Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.*
2. *Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
3. *Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.*
4. *Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.*
5. *Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.*

6. *Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.*
7. *Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.*
8. *Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.*
9. *Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.*
10. *Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
11. *Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.*
12. *Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.*
13. *Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.*
14. *Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.*
15. *Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso."*

6. TRATAMIENTO QUE SE DEBE DAR AL SERVIDOR PÚBLICO EN CASO DE QUE INCURRA EN UN CONFLICTO DE INTERESES.

6.1. Régimen Disciplinario.

La Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", señala:

Artículo 85. *Declaración de impedimento. El servidor público en quien concurra cualquiera de las anteriores causales debe declararse inmediatamente impedido, una vez la advierta, mediante escrito en el que exprese las razones, señale la causal y si fuere posible aporte las pruebas pertinentes."*

Artículo 86. *Recusaciones. Cualquiera de los sujetos procesales podrá recusar al servidor público que conozca de la actuación disciplinaria, con base en las causales a que se refiere el artículo 84 de esta ley. Al escrito de recusación acompañará la prueba en que se funde."*

Artículo 87. *Procedimiento en caso de impedimento o de recusación. En caso de impedimento el servidor público enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.*

Cuando se trate de recusación, el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior. La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida."

Artículo 88. *Impedimento y recusación del Procurador General de la Nación. Si el Procurador General de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria."*

6.2. Régimen Administrativo.

La Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

“Artículo 12. *Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.*

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.”

6.3. Régimen Penal.

El Código de Procedimiento Penal consagra:

“Artículo 57. *Trámite para el impedimento. Modificado por el art. 82 Ley 1395 de 2010. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.*

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.”

“Artículo 58. *Impedimento del Fiscal General de la Nación. Si el Fiscal General de la Nación se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.”*

“Artículo 58 A Adicionado por el art. 83, Ley 1395 de 2010. *Impedimento de magistrado. Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuer. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.*

Si el magistrado fuere de la Corte Suprema de Justicia y la Sala rechazare el impedimento, la decisión de esta lo obligará. En caso de aceptarlo se sorteará un conjuer, si a ello hubiere necesidad.”

“Artículo 59. *Impedimento conjunto. Si la causal de impedimento se extiende a varios integrantes de las salas de decisión de los tribunales, el trámite se hará conjuntamente.”*

“Artículo 60. *Requisitos y formas de recusación Modificado por el art. 84 Ley 1395 de 2010. Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declarare, cualquiera de las partes podrá recusarlo.*

La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este código.”

“Artículo 61. *Improcedencia del impedimento y de la recusación. No son recusables los funcionarios judiciales a quienes corresponda decidir el incidente. No habrá lugar a recusación cuando el motivo de impedimento surja del cambio de defensor de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria o el Ministerio Público.”*

“Artículo 62. *Suspensión de la actuación procesal. Desde cuando se presente la*

recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá la actuación.

Cuando la recusación propuesta por el procesado o su defensor se declare infundada, no correrá la prescripción de la acción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.”

“Artículo 63. Impedimentos y recusación de otros funcionarios y empleados. Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

Cuando se trate de impedimento o recusación de personero municipal, la manifestación se hará ante el procurador provincial de su jurisdicción, quien procederá a reemplazarlo, si hubiere lugar a ello, por un funcionario de su propia dependencia o de la misma personería, o por el personero del municipio más cercano.

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

En estos casos no se suspenderá la actuación.”

“Artículo 64. Desaparición de la causal. En ningún caso se recuperará la competencia por la desaparición de la causal de impedimento.”

“Artículo 65. Improcedencia de la impugnación. Las decisiones que se profieran en el trámite de un impedimento o recusación no tendrán recurso alguno.”

7. REGULACIONES ESPECIALES O PARTICULARES DEL CONFLICTO DE INTERESES

7.1. Régimen del Conflicto de Intereses de Congressistas.

Constitución Política:

“Artículo 182. *Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.”*

La Ley 5ª de 1992, señala:

“Artículo 286. *Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.”*

“Artículo 287. *Registro de intereses privados. En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información relacionada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.”*

“Artículo 288. *Término de inscripción. Los Congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.”*

“Artículo 289. *Publicidad del registro. El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la Gaceta del Congreso.”*

Artículo 290. *Modificación del registro. El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.*

Artículo 291. *Declaración de impedimento. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.*

Artículo 292. *Comunicación del impedimento. Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.*

Artículo 293. *Efecto del impedimento. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista.*

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista. El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

Artículo 294. *Recusación. Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la respectiva corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada.*

La decisión será de obligatorio cumplimiento.

Artículo 295. *Efecto de la recusación. Similar al del impedimento en el artículo 293.*

La Ley 144 de 1992, por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, consagra:

“Artículo 16. CONFLICTO DE INTERESES. *Definición: Los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que, decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.*

7.2. Régimen del Conflicto de Intereses de Concejales.

La Ley 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”, dispone:

“Artículo 70°.- *Conflicto de interés. Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.*

Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella.”

7.3. Régimen del Conflicto de Intereses frente a los responsables de evaluar el desempeño laboral de los empleados de carrera y miembros de la Comisión de Personal.

El Decreto-Ley 760 de 2005, "Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.", señala:

Artículo 38. *Los responsables de evaluar el desempeño laboral de los empleados de carrera o en período de prueba deberán declararse impedidos cuando se encuentren vinculados con estos por matrimonio o por unión permanente o tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o exista enemistad grave con el empleado a evaluar o cuando exista cualquier causal de impedimento o hecho que afecte su objetividad."*

Artículo 39. *El evaluador al advertir alguna de las causales de impedimento, inmediatamente la manifestará por escrito motivado al Jefe de la entidad, quien mediante acto administrativo motivado, decidirá sobre el impedimento, dentro de los cinco (5) días siguientes. De aceptarlo designará otro evaluador y en el mismo acto ordenará la entrega de los documentos que hasta la fecha obren sobre el desempeño laboral del empleado a evaluar.*

El empleado a ser evaluado podrá recusar al evaluador ante el Jefe de la entidad cuando advierta alguna de las causales de impedimento, para lo cual allegará las pruebas que pretenda hacer valer. En tal caso se aplicará el procedimiento descrito en el inciso anterior en lo que sea pertinente.

En todo caso la recusación o el impedimento deberán formularse y decidirse antes de iniciarse el proceso de evaluación."

Artículo 40. *Para todos los efectos, a los miembros de las Comisiones de Personal se les aplicará las causales de impedimento y recusación previstas en el presente decreto.*

Los representantes del nominador en la Comisión de Personal al advertir una causal que le impida conocer del asunto objeto de decisión, deberán comunicarla inmediatamente por escrito motivado al jefe de la entidad, quien decidirá dentro de los dos (2) días siguientes, mediante acto administrativo motivado y designará al empleado que lo ha de reemplazar si fuere el caso.

Cuando el impedimento recaiga sobre alguno de los representantes de los empleados así lo manifestará a los demás miembros de la Comisión de Personal, quienes en la misma sesión decidirán si el impedimento es o no fundado. En caso afirmativo, lo declararán separado del conocimiento del asunto y designarán al suplente. Si fuere negativa, podrá participar en la decisión del asunto."

"Artículo 41. *Cuando exista una causal de impedimento en un miembro de la Comisión de Personal y no fuere manifestada por él, podrá ser recusado por el interesado en el asunto a decidir, caso en el cual allegará las pruebas que fundamentan sus afirmaciones."*

"Artículo 42. *Cuando la recusación se refiera a alguno de los representantes del nominador en la Comisión de Personal, el escrito contentivo de ella se dirigirá al Jefe de la entidad.*

Cuando la recusación afecte a alguno de los representantes de los empleados en la Comisión de Personal, se propondrá ante los demás miembros a través del secretario de la misma.

Las recusaciones de que trata esta disposición se decidirán de conformidad con el procedimiento del presente decreto."

"Artículo 43. *Contra las decisiones que resuelven el impedimento o la recusación no procederá recurso alguno."*

8. JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia¹ 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. 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"

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 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 Sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia², Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, precisó:

“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 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.”

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1903 de mayo 15 de 2008 dispuso frente a los impedimentos de congresistas lo siguiente:

2. 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*

² Sentencia con Radicación núm.: 440012331000200400684 01 del 27 de enero de 2005,

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.

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:

a) Existencia: Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo 11, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando

se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

c) Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) Titularidad. El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

1. Calidad de congresista.
2. Intervención en las deliberaciones y votaciones.
3. Proyecto de decisión de interés público.
4. Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

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 concorra 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".

También en relación con este punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 3 de septiembre de 2002, dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01, sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992. Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito."

3. Conflicto de intereses y Actos Legislativos.

Las características que la jurisprudencia y la doctrina predicán para que exista un conflicto de intereses, parece excluir de esta posibilidad la discusión y votación de Actos Legislativos productores de normas constitucionales, bajo el argumento de que las disposiciones de rango constitucional se limitan a declarar valores, principios y derechos y establecer regulaciones fundamentales sobre la organización y funcionamiento del Estado.

Sin embargo la Sala reitera lo expresado en la radicación 1735 de 2006, así:

"En el derecho constitucional moderno, la Constitución Política es, no sólo un conjunto de principios, valores y derechos, sino que además de manera directa asume en ciertos casos el papel de norma reguladora de conductas, lo que explica en lógica jurídica, que se le identifique como "norma de normas", es decir, como la disposición a la cual se extiende el papel regulador tradicionalmente reservado a la ley.

Hay algunos temas sobre los cuales el poder de regulación de la norma constitucional es tan exhaustivo, que termina por asumir el papel natural de la ley,

quedando ésta relegada a un nivel eminentemente reglamentario. Esta función reguladora de la Constitución se observa en algunas de sus disposiciones, como las contenidas en los artículos 126 (prohibición a servidores públicos para nombrar como empleados a personas con las cuales tengan determinados grados de parentesco), 127 incisos 1° y 2° (prohibición a los servidores públicos en materia contractual y a ciertos de ellos para participar en política), 129 (prohibición a los servidores públicos para aceptar cargos, honores o recompensas), 172 (calidades para ser elegido senador), 177 (calidades para ser elegido representante a la cámara), 179 (inhabilidades para ser congresista), 183 (causales de pérdida de investidura), 207 (calidades para ser ministro o jefe de departamento administrativo) y muchas más. En estos casos ni siquiera puede afirmarse que el legislador tenga un poder de regulación derivado, puesto que la norma jurídica agota su regulación en el mandato constitucional" 1.

Lo expuesto significa que cuando se trata de Actos Legislativos orientados a reformar disposiciones relacionadas con regulaciones expresas de conductas, como parece suceder en el caso de la denominada "reforma política", no cabe duda que aunque formalmente se esté frente a un tema de rango constitucional, su contenido no difiere sustancialmente de aquellos que son propios de la ley, razón por la cual el tema relacionado con conflictos de intereses debe recibir idéntico tratamiento, como si se tratara de un proyecto de ley. (...)"

La Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-1040 de 2005, expresó:

"IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA EN PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Debate conjunto/IMPEDIMENTOS EN PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE REELECCION PRESIDENCIAL INMEDIATA-Posibilidad de que congresista declarado impedido vote otro impedimento/PRACTICA PARLAMENTARIA EN IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA - Posibilidad de que congresista declarado impedido vote otro impedimento
 Ninguna norma constitucional, ni del Reglamento del Congreso, exige que cuando se manifiestan simultáneamente varios impedimentos éstos sean objeto de tantos debates separados cuantos impedimentos hayan sido solicitados. Por el contrario, el debate de los mismos puede ser organizado por los Presidentes de cada Corporación Legislativa de manera conjunta. Luego, en el presente caso, no existe por dicha circunstancia irregularidad o tacha alguna que resulte imputable a los Presidentes de cada Corporación, y en especial, frente al Presidente de la Cámara, pues ellos podían realizar un debate conjunto de los impedimentos, y después proceder a su definición de manera individual y separada, siempre que en todo caso se preservará la posibilidad de solicitar las aclaraciones que

se consideraran necesarias, tal y como ocurrió en el asunto bajo examen. Por otra parte, y en relación con la participación de los Congresistas impedidos en la definición de los demás impedimentos presentados por otros congresistas en el trámite de aprobación del Acto Legislativo No. 02 de 2004, se observa que durante los cuatro primeros debates se reiteró de igual manera la práctica parlamentaria consolidada en esta materia, conforme a la cual, cuando varios congresistas manifiestan simultáneamente sus impedimentos y éstos son debatidos conjuntamente, al momento de su decisión, cada parlamentario sólo se abstiene de votar sobre su propio impedimento, participando en la definición de los otros, a menos que la votación para la decisión de los mismos, se haya practicado de manera conjunta. Tal como consta en las Gacetas del Congreso cuando se discutieron los impedimentos tanto en las Comisiones como en las Plenarias de Cámara y Senado, el Presidente de cada Corporación expresamente resolvió las cuestiones y dudas planteadas en torno al trámite de los impedimentos, determinando que no había lugar a que se le diera traslado a la Comisión de Ética, a la vez que se establecía que los mismos se decidirían individualmente, esto es, uno por delante del otro, sin la participación únicamente del congresista cuyo conflicto de intereses era objeto de consideración.

9. CONSULTAS FRECUENTES

9.1. ¿Qué debe hacer un servidor si al momento de su designación o en su ejercicio se encuentra en una situación de conflicto de intereses?³

Si el servidor advierte que el interés propio de la función pública entra en conflicto con su interés particular y directo, este deberá declararse impedido e informará por escrito la situación a su superior inmediato. La autoridad competente decidirá sobre el impedimento y designará un funcionario ad hoc para resolver el asunto objeto del conflicto.

9.2. ¿Qué sucede si el servidor incurre en un conflicto de intereses?⁴

Los servidores que hubieren actuado incumpliendo sus deberes éticos, serán sancionados disciplinariamente y penalmente cuando a ello hubiere lugar.

³ Pregunta recibida frecuentemente en punto de atención.

⁴ Pregunta recibida frecuentemente en punto de atención.

9.3. ¿Un concejal que es ponente de una proposición de control político a una empresa en la cual es empleado su cónyuge, se encuentra inmerso en un conflicto de intereses?⁵

De acuerdo con lo anterior, el conflicto de intereses se configura con la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Así las cosas, esta Dirección considera que si una concejal es ponente de una proposición de control político a una empresa en la cual es empleado su cónyuge, ésta deberá declararse impedida al momento de adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas relacionadas con el respectivo proceso.

9.4. ¿Cómo debe actuar un contralor territorial si en la misma entidad donde ejerce como contralor cursan “procesos” en su contra?⁶

De acuerdo con lo anterior, el conflicto de intereses se configura con la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Así las cosas, esta Dirección considera que si en la misma entidad donde una persona ejerce como Contralor cursan “procesos en su contra”, ésta deberá declararse impedida para adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas relacionadas con el proceso correspondiente en su contra.

⁵ Radicado No.: 20166000192981 del 12/09/2016

⁶ Radicado No.: 20166000039431 del 25/02/2016

9.5. ¿El representante legal de una entidad territorial incurre en conflicto de interés al contratar con una cooperativa asociativa sin ánimo de lucro en la cual figura como asociado un pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad?⁷

De acuerdo con lo anterior, el conflicto de interés se configura con la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Para el caso concreto, se configuraría un conflicto de interés si se demuestra que el representante legal de la entidad territorial a que hace referencia su consulta tenía un interés directo, inmediato, que produjera un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, con la contratación de la cooperativa en la que su pariente era asociado. Esta situación deberá ser de terminada por el interesado, toda vez que este Departamento carece de competencia para establecer si el representante legal tenía un interés directo, particular y concreto en favor suyo.

9.6. Quien haya participado en el proceso de un concurso, para designar gerente regional ¿puede participar en el mismo?⁸

El empleado que haya participado en la estructuración de las etapas de un concurso de mérito para conformar la respectiva terna de la cual se designará al gerente regional en los distintos departamentos del país, y haya conocido y suministrado información de gran importancia y de reserva como insumo de la correspondiente convocatoria, deberá abstenerse de participar en el mismo con el fin, de no incurrir en conflicto de intereses por tener un interés directo en el citado asunto.

⁷ Radicado No.: 20166000192981 del 12/09/2016.

⁸ Radicado No.: 20166000015491 del 27/01/2016

9.7. ¿A un miembro particular de la junta directiva de una ESE del orden territorial le son aplicables las disposiciones del régimen de conflicto de intereses señaladas en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002?⁹

Los miembros particulares de las Juntas Directivas por el hecho de su pertenencia a las mismas no los convierte en servidores públicos pero sí conservan su calidad de particulares que cumplen funciones públicas por el hecho de dirigir un organismo público.

Así las cosas, esta Dirección considera que el régimen disciplinario señalado en la Ley 734 de 2002, es aplicable a los miembros particulares de las juntas directivas.

En ese sentido, los miembros particulares de una junta directiva les son aplicables las disposiciones del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en el entendido que deberán declararse impedidos para actuar en un asunto cuando tengan 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.

9.8. ¿El procurador regional de un Departamento puede postularse al concurso público para la elección de personero municipal en la capital del Departamento y posesionarse en caso que salga elegido?¹⁰

Por competencia funcional la Procuraduría General de la Nación vigila la conducta de los servidores públicos, entre ellos, los concejales que eligen al personero; por lo tanto, se considera que no se presenta dicho conflicto de intereses, dado que la función de las personerías municipales de conformidad con el artículo 168 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 8° de la ley 177 de 1994, es precisamente ejercer en el respectivo municipio, las

⁹ Radicado No.: 20116000033631 del 01/04/2011

¹⁰ Radicado No.: 20156000193341 del 19/11/2015

funciones del Ministerio Público que les confieren la Constitución Política y la ley, así como las que reciba por delegación de la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, la persona que sea designada como Personero Municipal deberá ejercer la función del Ministerio Público, entre ellas, ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiendo a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones, de conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral 4° del artículo 178 de la Ley 136 de 1994.

9.9. En la Oficina de Control Interno dos de sus servidores hacen parte de la Junta Directiva del sindicato de la entidad, en este sentido en las auditorias de gestión a algunos de los procesos de la misma, ¿es posible que se presente un eventual conflicto de intereses?¹¹

Debe analizarse cada caso en particular para determinar si un servidor se encuentra incurso en un posible conflicto de interés, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Al efectuar la auditoria al proceso donde los auditores hacen parte de la Junta Directiva del Sindicato, le corresponderá a la administración de la entidad en caso de ser procedente declarar el impedimento y determinar si los mencionados funcionarios se encuentran en un eventual conflicto de intereses y en tal sentido, será procedente la designación de otro funcionario para llevar a cabo las respectivas auditorias.

11 Radicado No.: 20156000181391 del 27/10/2015

9.10. ¿El Jefe de la Oficina de Control Interno se encuentra en conflicto de interés, para auditar a su hermano que es secretario de despacho?¹²

Se considera que debe analizarse cada caso en particular para determinar si un servidor se encuentra incurso en un posible conflicto de interés, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

En su caso particular al efectuar la auditoria al proceso donde su hermano participa como líder de proceso, se recomienda que declare su impedimento, ante lo cual corresponde a la administración de la entidad determinar a quién le corresponde adelantar la respectiva auditoria.

9.11. ¿ Existe algún tipo de conflicto de intereses y/o tráfico de influencias si en el Concejo Municipal se aprueba el presupuesto asignándole una partida presupuestal a una entidad, que no pertenece a la administración municipal ni sus descentralizadas, en la cual trabaja un familiar, esposa o cónyuge, de alguno de los concejales que aprueban?¹³

Es tal la importancia de proteger que no prime el interés particular sobre el público que en forma expresa la Ley 136 de 1994, en su artículo 70 indicó que los Concejos Municipales deben llevar un registro de interés privado que pudiera tener un concejal, debiendo relacionar la actividad económica privada que desarrolla, ello con el fin de evitar que exista un interés directo en las decisiones que debaten al interior de la Corporación, bien sea porque le afecte directamente a él, o, a las personas que expresamente señala la ley, en el evento de que se tuviera un interés particular, el servidor público deberá declararse impedido de participar en las sesiones que se debatan temas en los cuales tenga participación directa o en favor de los familiares en los grados señalados anteriormente.

12 Radicado No.: 20166000054731 del 15/03/2016

13 Radicado No.: 20146000174101 del 24/11/2014

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica concluye que un Concejal que tenga interés en una institución privada, no podrá participar en los debates en los cuales tenga interés directo o a través de familiares en los grados relacionados con el fin de no incurrir en conflicto de intereses, debiendo además declararse impedido para intervenir en cualquier tipo de debate sobre el particular.

9.12. ¿Hay conflicto de intereses si una persona actúa en un acuerdo sindical, como miembro de junta y miembro simultáneamente del sindicato?¹⁴

Es tal la importancia de proteger que no prime el interés particular sobre el público que en forma expresa la Ley 136 de 1994, en su artículo 70 indicó que los Concejos Municipales deben llevar un registro de interés privado que pudiera tener un concejal, debiendo relacionar la actividad económica privada que desarrolla, ello con el fin de evitar que exista un interés directo en las decisiones que debaten al interior de la Corporación, bien sea porque le afecte directamente a él, o, a las personas que expresamente señala la ley, en el evento de que se tuviera un interés particular, el servidor público deberá declararse impedido de participar en las sesiones que se debatan temas en los cuales tenga participación directa o en favor de los familiares en los grados señalados anteriormente.

9.13. La causal de impedimento consagrada en el numeral 16 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, ¿comprende al cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público?¹⁵

De acuerdo con la jurisprudencia citada, las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo, razón por la cual no es viable extender una causal de impedimento que solo va dirigida a una persona, a su cónyuge, compañero o compañera permanente.

Para el caso en estudio se encuentra que la causal señalada en el numeral 16 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 encuentra como únicos destinatarios a los servidores públicos, sin que sea dable hacerla extensiva al cónyuge, compañero o compañera permanente del mismo.

14 Radicado No.: 20146000175041 del 25/11/2014

15 Radicado No.: 20136000054811 del 16/04/2013

9.14. ¿Cuándo se presenta el conflicto de intereses?¹⁶

Acorde con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses únicamente podrá darse cuando se pretenda con su actuación otorgar favores o ventajas personales para sí o sus parientes, que no se les reconocen a los demás. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general que debe acatar y promover. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicán de la generalidad.

En este orden de ideas, se considera que el servidor público que tenga interés particular y directo en una 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, deberá declararse impedido para actuar.

9.15. ¿Existe conflicto de intereses para que un abogado que litigó en contra de la entidad sea asesor de la Gerencia de la misma?¹⁷

De acuerdo con la norma y jurisprudencia en cita, el conflicto de interés surge producto de intereses opuestos en quien ejerce funciones públicas, que puede influir en la transparencia de las decisiones que son de su competencia, y llevarlo a decidir a favor personal, familiar o particular.

El Consejo de Estado es claro en señalar que la figura del conflicto de intereses no está definida de manera general, encontrándose establecida para los servidores públicos en la Ley 734 de 2002, que señala que si tienen interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión de un asunto del cual le corresponda conocer, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de

¹⁶ Radicado No.: 20166000182801 del 31/08/2016

¹⁷ Radicado No.: 2012-206-000310-2

consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho, deberá declararse impedido para actuar.

En cuanto al conflicto de interés respecto de los contratos de prestación de servicios, tenemos que esta es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, por consiguiente, para el establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés corresponderá remitirse a lo señalado en los artículos 8o. y 9 de la Ley 80 de 1993, y a las cláusulas del contrato.

9.16. ¿El Alcalde de un municipio puede incurrir en conflicto de intereses al postular a su hermana como beneficiaria de un subsidio otorgado por una entidad del nivel nacional?¹⁸

De lo anteriormente expuesto, de acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses únicamente podrá darse cuando el congresista pretenda con su actuación otorgar favores o ventajas personales para sí o sus parientes, que no se les reconocen a los demás. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el congresista con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general que debe acatar y promover. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

En este orden de ideas, esta Dirección considera que el Alcalde Municipal encargado de postular los posibles beneficiarios de un subsidio para el programa “Mejoramiento de vivienda de interés social en la modalidad de vivienda saludable”, convocatoria realizada por el Fondo Nacional de Vivienda –FONVIVIENDA, en donde postuló un familiar en segundo grado de consanguinidad (Hermana), debió declararse impedido para dicha postulación con el fin de no incurrir en conflicto de intereses.

18 Radicado No.: 20116000093951 del 01/09/2011

9.17. ¿Es viable que a un expleado que desempeñó cargo directivo sea nombrado como Jefe de Control Interno en la misma entidad para que audite los procesos en los que fue gestor?¹⁹

Revisadas las normas que regulan el régimen de inhabilidades, no se encontró una que señale la situación planteada en su comunicación como inhabilidad, por lo tanto quien haya sido subgerente administrativo podrá ser nombrado en el cargo de jefe de control interno, no obstante y con el fin de no incurrir en conflicto de intereses deberá declararse impedido para realizar la auditoría a los procesos financieros y administrativos en los cuales él fue el gestor en su calidad de subgerente administrativo y financiero.

¹⁹ Radicado No.: 20106000116091 del 28/12/2010

GUÍA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conflictos de interés de servidores públicos

BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA

FEBRERO 2018

Departamento Administrativo de la Función Pública

Carrera 6 No 12-62, Bogotá, D.C., Colombia

Conmutador: 7395656 Fax: 7395657

Web: www.funcionpublica.gov.co

eva@funcionpublica.gov.co

Línea gratuita de atención al usuario: 018000 917770

Bogotá, D.C., Colombia.

VISÍTANOS O ESCRÍBENOS:



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública