



Función Pública

Comunicado 111111 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000111111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000111111

Fecha: 18/03/2022 10:00:02 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - conflicto de interés. ENCARGO. Radicado: 20222060094662 del 22 de febrero de 2022.

Respetada señora,

En atención a la consulta de la referencia, mediante la cual presenta varios interrogantes relacionados con la eventual provisión de un empleo de libre nombramiento y remoción mientras su titular se encuentra en licencia por maternidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1.- En atención a la primera parte de su escrito, es preciso indicar que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Estado 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, por lo que su interpretación es restrictiva, por ende, no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En ese sentido y una vez revisadas las inhabilidades e incompatibilidades concernientes a los empleados públicos principalmente los contenidos entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; los artículos 3 y 4 de la Ley 1474 de 2011; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, no se evidencia ninguna inhabilidad para que quien ejerce como jefe de la oficina de control disciplinario interno sea encargado como jefe de la oficina de gestión humana de la misma entidad.

En relación con el conflicto de interés, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, «Por la cual se expide el Código Disciplinario Único», estipula:

“Artículo 40. Conflicto de Intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes

Comunicado 111111 de 2022

1

EVA - Gestor Normativo

Departamento Administrativo de la Función Pública

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." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la norma, todo servidor público debe declararse impedido para actuar en un asunto cuando tiene interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, 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:

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 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". 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 futuro

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 a asuntos sobre los que tiene competencia y votación

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 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.

Así las cosas, y con el fin de dar respuesta a su primer interrogante, se debe tener en cuenta que a diferencia de las inhabilidades o incompatibilidades el conflicto de interés no es taxativo; es decir, las acciones que lo originan no se encuentran expresamente determinadas en las normas, por lo tanto, 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 servidor y hacer inanes los alcances de la ley.

Teniendo en cuenta las consideraciones en precedencia, le corresponde a la Administración, al servidor público o al interesado analizar cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un conflicto de intereses, 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.

Por consiguiente, en caso de que considere que el jefe de control disciplinario interno en su ejercicio como jefe de gestión humana mediante encargo puede incurrir en alguna de las causales de conflicto de intereses anotadas en precedencia, por tener un interés particular y directo en algún asunto concreto, deberá declararse impedido para actuar conforme a los criterios anteriormente anunciados, a efectos de no configurar una falta gravísima.

2.- Ahora bien, en relación con su segundo interrogante, relacionado con el nombramiento “provisional” en el cargo de jefe de la oficina de gestión humana durante la licencia por maternidad de su titular, le indico lo siguiente:

El empleo de libre nombramiento y remoción vacante por falta temporal de su titular, puede ser provisto mediante encargo durante el término de la situación administrativa que implique la separación temporal del mismo. En ese sentido, la Ley 909 de 2004 establece:

“Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”. (Subrayado fuera del texto)

A su vez, el citado Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 2.2.5.5.44 Diferencia salarial. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular”. (Subrayado fuera del texto)

(...)

Artículo 2.2.5.4.7 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo."

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

"Artículo 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, la entidad puede proveer el cargo vacante temporalmente, mientras dura la licencia por enfermedad de su titular, por necesidades de servicio. Si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva podrá ser provisto a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

Es importante tener en cuenta que, los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Así mismo el artículo 18 de la Ley 344 de 1996, señalado anteriormente, dispone que los servidores públicos podrán percibir la diferencia salarial en el encargo, cuando el titular del empleo que desempeñan temporalmente, no la estuviere devengando.

Respecto de la figura del encargo, la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997, sostuvo:

"... El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

Según lo expuesto, el encargo presenta un doble carácter constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos; el encargo puede ser total o parcial, lo que indica que, en el primer caso, el funcionario se desliga de las funciones que le son propias y asume todas las del nuevo empleo, para el segundo caso, asume sólo una o algunas de ellas.

En relación con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular Externo 024 de 2017, en la cual señaló:

" . Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

A partir de la vigencia del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, modificadorio del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la licencia por maternidad se amplía a dieciocho (18) semanas, que se reconocerá y pagará por el Sistema General de Seguridad Social en Salud teniendo como Ingreso Base de Cotización (IBC), el reportado al inicio de la misma.

Así las cosas, para su reconocimiento y pago, en los términos de la norma precitada y de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.13.1 del Decreto número 780 de 2016, es requisito que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. Cuando se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación, se reconocerá y pagará proporcionalmente, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

De otro lado, en caso de que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC, correspondiendo al empleador, adicionalmente, reconocer el valor de la licencia de maternidad directamente a la cotizante" (Subrayado nuestro)

Por lo anterior, y en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleado tiene derecho a percibir el salario del empleo del cual está encargado, en los términos señalados en el artículo 18 de la Ley 344 de 1996, siempre y cuando su titular no lo esté devengando, como es el caso de la licencia de maternidad.

asume la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el empleado. Es decir, es viable que la persona encargada reciba la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, por cuanto la incapacidad es una prestación social a cargo de la E.P.S. y no un pago de salario.

No obstante, la Administración deberá tener en cuenta que durante la licencia por maternidad la entidad deberá continuar realizando los aportes a seguridad social en salud y pensiones a favor de la empleada en licencia y eventualmente de quien sea encargado en el empleo, adicionalmente, como quiera que la licencia por maternidad no interrumpe el tiempo de servicios se deberá continuar reconociendo y pagando al titular y al encargado los elementos salariales y prestacionales propios de la relación laboral, como es el caso de la prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, cesantías etc.

En ese sentido, si bien es cierto el auxilio por licencia de maternidad lo reconoce y paga la EPS correspondiente, en caso de provisión del empleo, es probable que se deban reconocer y pagar los emolumentos enunciados a favor de la empleada en licencia, como al empleado encargado y que reciba pago de la diferencia salarial.

En el caso que la entidad decida encargar a un empleado para el cumplimiento de las funciones, sin que implique el pago de diferencia salarial (artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015 arriba citado), la entidad no requiere realizar doble pago de las mismas, dicho estudio y decisión es propio de la entidad, que de acuerdo con sus competencias y facultades, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Finalmente, 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 link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

Proyecto: Yaneirys Arias

Revisó: Harold Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 17:00:51