



Función Pública

Concepto 202761 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000202761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000202761

Fecha: 04/12/2015 03:49:41 p.m.

Bogotá D. C.,

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Aplicación del régimen de conflicto de intereses a los miembros particulares de una Junta Directiva de una ESE del orden territorial. RAD. 20152060194642 del 22 de octubre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a esta Entidad por la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual consulta si 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, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Sea lo primero precisar que la Ley 734 de 2002¹ señala frente al conflicto de intereses y a los sujetos disciplinables lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

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

(...)

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. Modificado por el art. 44, Ley 1474 de 2011. El presente régimen se aplica a los particulares *que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.* Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2003 bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador;

El texto en letra cursiva se declaró EXEQUIBLE en la misma sentencia.

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-388 de 2011

-
Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

“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 8º 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 contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

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

De acuerdo con lo anterior, todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión.

Se precisa que el régimen disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002 se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado

De otra parte, frente a las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, señaló:

“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." (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se considera que debe analizarse cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un 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.

2. De otra parte, frente a la calidad de los miembros particulares de las Juntas Directivas de una Empresa Social del Estado, el Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 410012331000200301264-01 de febrero 17 de 2005 Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA, señaló lo siguiente:

"El parágrafo del artículo 2º de la Ley 489 de 1998 dispone que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa y características y el régimen de las entidades descentralizadas previstos en esa ley se aplican a las entidades territoriales. En especial, el artículo 68, parágrafo 1º, de esa misma ley, señala que "de conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. Y, no debe olvidarse que, como se vio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 las Empresas Sociales del Estado creadas por la Nación o las entidades territoriales, al igual que los establecimientos públicos, son entidades descentralizadas.

Ahora, el hecho de que esta última norma hubiere remitido a las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, no significa que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 que reitera lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 no pueda aplicarse, por cuanto el legislador prevé su aplicación subsidiaria.

Con base en lo anterior se infiere con claridad que el sólo hecho de ser miembros de las juntas directivas de las entidades públicas no les confiere a estos la calidad de empleados públicos.

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, los Hospitales Públicos son Empresas Sociales del Estado y éstas "constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos". En este mismo sentido, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 califica las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas de los órdenes nacional o territorial."

"Sin embargo, en ninguna de las normas transcritas anteriormente se determina con claridad cuál es la naturaleza de los miembros de la Junta Directiva de esa Empresa Social del Estado, por cuanto no todos ellos se encuentran vinculados laboralmente a la misma.

(...)

Y, el artículo 10 del Decreto 1876 de 1994, preceptuó que, sin perjuicio de lo dispuesto en los estatutos internos y reglamentos de cada entidad, la Junta Directiva de un Hospital Público “se reunirá ordinariamente cada dos (2) meses y extraordinariamente a solicitud del Presidente de la Junta o del Representante Legal de la Empresa Social, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo soliciten”.

En consecuencia, para la Sala resulta evidente que el carácter de miembros de las Juntas Directivas de los Hospitales Públicos no confiere la categoría de empleado público, puesto que, de un lado, no desempeñan funciones permanentes sino transitorias y periódicas para dirigir la entidad descentralizada y, de otra, la ausencia de la dedicación permanente a dichas juntas les autoriza a desempeñar otras actividades que resultan compatibles con el ejercicio de esa función. (Resaltado nuestro)

(...)

La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público. Incluso, el artículo 8º, parágrafo, del Decreto 1876 de 1994 señala que “La entidad territorial respectiva, a la cual esté adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, para los miembros de la misma que no sean servidores públicos. En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar”. Ello muestra con claridad que algunos de los miembros de la Junta Directiva no son servidores públicos a quienes no se les remunera sus servicios con salario sino con honorarios.

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos, pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994.”

De conformidad con la jurisprudencia citada, se establece que 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.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PÍE DE PÁGINA

^{1.} Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Francisco Gómez. MLHM

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 01:11:22