



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 162611

Fecha: 10/05/2021

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Servidor Público – Doble vinculación médico – Conflicto de intereses - **RADICACIÓN: 20219000213742** del 1° de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: *“UN SERVIDOR PUBLICO QUIEN ESTÁ NOMBRADO POR MEDIO TIEMPO EN UN HOSPITAL UNIVERSITARIO, COMO ESPECIALISTA EN ANESTESIA, ESTANDO SU CONYUGE NOMBRADA EN LA MISMA INSTITUCIÓN EN IGUALES CONDICIONES; ÉSTE SERVIDOR PUBLICO PUEDE PARTICIPAR EN LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO COLECTIVO SINDICAL, POR EL SINDICATO QUE FUE CREADO PARA PRESTAR LOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE ANESTESIA EN EL MISMO HOSPITAL PÚBLICO [sic] Y MÁS AÚN SER EL COORDINADOR DE ASIGNACIÓN DE LOS TURNOS A LOS DEMAS MIEMBROS PARTICÍPES, INCLUYENDO A SU CONYUGE. ESTARÍA INMERSO EN INCOMPATIBILIDAD COSNTITUCIONAL ART 128 Y EN CONFLICTO DE INTERES, AL ASIGNARSE ASÍ MISMO JORNADAS LABORALES A TRAVÉS DE ESE CONTRATO SINDICAL, EXISTIENDO MÁS ESPECILISTAS PAR?TICIES [sic] QUE NO NOS SERVIDORES PUBLUCOS [sic]?, me permito manifestar lo siguiente:*

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

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, el Artículo 127 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. (Destacado fuera del texto)

(...)” (Destacado nuestro)

A su vez, el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)” (Destacado nuestro)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:

*“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, Artículo 80., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) **Los servidores públicos**".(...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del Artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del Artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los Artículos 80. y 90. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en*

general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social.” (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con las normas y la jurisprudencia citadas, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Así mismo les está prohibido a **los servidores públicos celebrar contratos**, con **entidades estatales** de cualquier nivel o con **personas privadas** que manejen o administren **recursos públicos**, salvo las excepciones legales.

Ahora bien, la Ley 4ª de 1992³ establece las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del erario público, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 19. *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:*

(...)

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

(...)

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a **más de ocho (8) horas diarias de trabajo** a varias entidades. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Ley 269 de 1996 “*Por la cual se regula parcialmente el Artículo 1280 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público*” expresa:

ARTÍCULO 20. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. *Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.*

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Respecto del significado de los términos “**Servicio Asistencial**” y “**Servicio Administrativo**” en el Sector Salud, esta Dirección considera lo siguiente, teniendo en cuenta el contexto de la Ley 269 de 1996, la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 1569 de 1998, sobre nomenclatura y clasificación de empleos del nivel territorial y especialmente del sector salud:

Servicio Asistencial: *Es el que tiene por objeto la prestación directa de servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes.*

Servicio Administrativo. *Son aquellas labores ejecutadas por funcionarios que tienen que ver directamente con la dirección, organización, coordinación,*

administración, control y apoyo operativo al buen funcionamiento de la entidad, para prestar un óptimo servicio. (Destacado nuestro)

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-206 de 2003, Magistrado Doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, respecto a la aplicación de la Ley 269 de 1996, señaló:

“Lo anterior es aún más claro cuando se analiza el título de la Ley 269 de 1996, pues éste señala expresamente que ella “regula parcialmente el Artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”. Ahora bien, el Artículo 128 constitucional establece que “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley”. Es pues evidente que la ley se refiere a la regulación de una de las excepciones a la prohibición constitucional para desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Por tanto, normas como la aquí demandada se ocupan de establecer las excepciones a la prohibición del Artículo 128 constitucional, y por ello no regulan en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones públicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen más de un empleo en entidades de derecho público. (...) (Subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta los anteriores elementos, podemos concluir que los **empleados que desempeñen funciones en el área asistencial de la salud**, se encuentran dentro de la excepción señalada por la Constitución y regulada por la Ley 4 de 1992, y en consecuencia, no habrá impedimento legal para que un empleado se vincule con otra entidad particular, con otra institución pública o con la misma entidad, cualquiera sea la modalidad de su relación, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por la Ley, esto es, que no haya cruce de horario y que el total del tiempo de las vinculaciones con el Estado no sobrepasen de 12 horas diarias y 66 a la semana, además, que los servicios que va a prestar en las entidades públicas se relacionen directamente con **servicios asistenciales de salud, es decir que se relacionan con la prestación directa de servicios médicos**, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes.

Ahora bien, como quiera que en su consulta menciona que la vinculación será a través de la suscripción de **contratos sindicales**, le informo que esta Dirección Jurídica carece de competencia para pronunciarse sobre el particular.

Por lo tanto, de requerir información de fondo de este tipo de contrato y si es procedente que usted suscriba el mismo, deberá acudir al Ministerio del Trabajo para que, en cumplimiento de sus funciones, dé respuesta de fondo a su petición.

Por otro lado, en cuanto a su interrogante en el que pregunta si puede ser el **coordinador de asignación de los turnos**, incluyendo a su cónyuge, es necesario revisar si eventualmente se presenta un conflicto de interés. Sobre ese tema, la Ley 734 de 2002⁴, indica:

“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.

-

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

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y **conflicto de intereses**, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...) (Destacado fuera del texto)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 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 1992.⁵ 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." (Destacado nuestro)

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" sobre conflicto de intereses, impedimentos y recusación, señala:

"ARTÍCULO 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)

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

(...)

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.

(...)

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.(...) (Subrayas y negrillas fuera del texto)

“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.”.

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se **favorezca** a sí mismo, a su cónyuge o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicán de la generalidad.

De las anteriores disposiciones legales y jurisprudenciales se tiene entonces que, el servidor público que **deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas**, realizar investigaciones, **practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas**, deberá **declararse impedido** cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último, **so pena de ser recusado**.

En tal sentido, y para responder el tema objeto de su consulta, un servidor público como es el caso del especialista de anestesia que sea nombrado como coordinador de asignación de turnos, deberá manifestar ante la instancia superior

jerárquica correspondiente y mediante comunicación justificada, la situación que considere pueda entrar en conflicto con la función pública para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta. En todo caso, le corresponderá a la entidad a la cual pertenece, resolver bajo los términos legales la solicitud de impedimento.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2. *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”,*

3. “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”

4. Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.