

Conflicto de intereses

El surgimiento de una nueva clase de hombres de negocios en África, que rechazan o no están dispuestos a tomar parte en el viejo sistema de amiguismo, nepotismo y autobeneficio, y demandan apertura, competencia justa y negocios limpios, constituye una oportunidad sin precedentes.

E. Gyimah-Boadi ¹

¿Qué es un conflicto de intereses?

Un conflicto de intereses surge cuando una persona, como funcionario o empleado del sector público, es influenciada por consideraciones personales al realizar su trabajo. Así, las decisiones son tomadas con base en razones equivocadas. Los conflictos de intereses percibidos por la opinión pública, incluso cuando son tomadas las decisiones correctas, pueden ser tan dañinos para la reputación de una organización y erosionar la confianza pública, como un conflicto de intereses realmente existente. En algunos países, la ley obliga a los organismos públicos a tener Códigos de Ética que cubran estos asuntos. La mayoría de los países consideran este asunto tan importante y fundamental para una buena administración, que tienen una ley específica para casos de conflicto de intereses. Esta ley puede disponer que, por ejemplo, un funcionario del Estado o empleado no debe actuar en ningún asunto oficial en el cual éste tenga un interés financiero personal directo o indirecto que posiblemente pudiera afectar su objetividad o independencia de juicio.

En Colombia, los conflictos de intereses se encuentran regulados en un régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de orden constitucional y legal², aplicable a todos los servidores públicos, o de manera particular, para ciertos funcionarios o para determinadas situaciones. A manera de ejemplo, está prohibido a todos los funcionarios públicos contratar con el Estado³, o con instituciones privadas que manejan o administran recursos públicos⁴; también les está prohibido desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación del tesoro público⁵.

Si bien la normativa preventiva y represiva es amplia, ésta se ve rebasada por la realidad. En las normas están consagradas las grandes situaciones de riesgo, reconociendo así la

1 Prof. E Gyimah-Boadi, Centre for Democracy and Development, Accra, Universidad de Ghana, Legon, en *Towards an Enhanced Role for Civil society in the fight against corruption in Africa*, 9a Conferencia Internacional Anticorrupción, Durban, Sudáfrica, 10-15 de octubre de 1999. El texto está disponible en el sitio de internet de IACC: <http://www.transparency.org/IACC>.

2 Algunas de las normas son: de tipo constitucional: artículos 127, 179, 180 y 181 de la Constitución; de tipo legal: ley 5 de 1992, Código Penal, ley 144 de 1994, ley 136 de 1994, ley 177 de

1994, ley 647 del 2001, ley 734 del 2002 (Código Disciplinario Unico), ley 80 de 1994 (Estatuto de Contratación), ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), ley 716 del 2001, ley 610 del 2000.

3 Artículo 123 de la Constitución Nacional.

4 Se exceptúan los casos permitidos por ley conforme al artículo 127 de la C. N.

5 Se exceptúan los casos permitidos por ley conforme al artículo 128 de la C. N.

existencia de ciertas circunstancias problemáticas; sin embargo, el problema del conflicto de intereses se da, en la práctica, por fuera de la norma. Está íntimamente relacionado con el sistema político clientelista que funciona en el país, con la dinámica política regional y con la discrecionalidad de quien evalúa los procesos⁶. Para los congresistas las normas sobre conflicto de intereses se encuentran principalmente en los artículos 179, 180 y 181 de

Congresistas en entredicho por falta de Registro de Intereses

La juez quinta penal de Bogotá falló favorablemente una acción de tutela interpuesta por los abogados de la organización Acción Ciudadana, y ordenó al entonces presidente del Senado entregar copia del libro de registro de intereses, que los parlamentarios llenan al momento de su posesión y en el que deben declarar los bienes, acciones o intereses que tienen en el sector privado y que podrían afectar su ejercicio legislativo.

Más de la mitad de los representantes a la Cámara de ese momento no habían cumplido este requisito y de los senadores ni se sabe porque el Senado se negó a entregar esta información, lo que dio origen a la acción de tutela fallada favorablemente.

En el libro, que Votebien.com examinó, se demuestra que el 60 % de los representantes no había cumplido este requisito de ley. Del total de 326 representantes que tomaron posesión en la Cámara en 1998, incluidos los reemplazos, 196 no cumplieron con el requisito de registrar intereses privados.

Tomado de www.votebien.com Bogotá, mayo de 2002.

la Constitución y la ley 5 de 1992, pero en la práctica la efectividad de las mismas es bastante precaria. Se disfraza su violación frecuentemente mediante la figura del testaferrato. El incumplimiento de las normas sobre conflicto de intereses y del régimen de incompatibilidades e inhabilidades genera la pérdida de la investidura para los congresistas.⁷

Desarrollando el precepto constitucional⁸ que impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral y económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, la ley⁹ dispone que en cada una de las cámaras del Congreso se lleve un libro de registro de intereses privados en el cual los congresistas consignen la información relacionada con su actividad privada, la cual debe incluir 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.

En cuanto tiene que ver con los demás servidores públicos, es requisito para la posesión o para el ejercicio de funciones públicas¹⁰ suministrar similar información a la dependencia que haga las veces de oficina de personal, la cual debe incorporarla en la Hoja de Vida respectiva.

A continuación se presentan algunas inhabilidades que la ley consagra:

- ⊞ Los miembros de las corporaciones públicas territoriales de elección popular no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública.
- ⊞ Los congresistas no pueden participar en el trámite y votación de actos que se encuentren en estudio del Congreso, cuando éstos incidan en los intereses o negocios de gremios o personas de derecho privado a los cuales hayan prestado servicios remunerados en el año anterior a la elección.

6 Véase Misión de Contratación, proyecto MAFP II, Las limitaciones a la libertad de acceso a la contratación con las entidades estatales. Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades. Bogotá, abril de 2002. Véase además C-489/96.

7 La pérdida de investidura es sanción también imponible a los diputados de las Asambleas Departamentales y a los concejales municipales (art. 291 de la Constitución Política).

8 "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 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 hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas".

9 ley 5 de 1992.

10 ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), artículo 5.

- ⊞ Los servidores públicos representantes de la entidad contratante no pueden celebrar contratos con sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil ni con su cónyuge, compañero o compañera permanente.
- ⊞ Los magistrados, jueces y conjuces no pueden conocer ni resolver los asuntos sometidos a su estudio cuando se presenta cualquiera de las circunstancias establecidas en las normas procesales.

¿Cuándo ocurre un conflicto de intereses?

Todos tenemos intereses personales y personas a quienes son cercanos. Es inevitable que, de tiempo en tiempo, estos intereses entren en conflicto con las decisiones o acciones de trabajo. La siguiente lista puede ayudar a los servidores públicos a identificar dónde es probable que surja un conflicto de intereses:

- ⊞ ¿Qué pasaría si se invirtieran las posiciones: si yo fuera uno de tantos que está solicitando un cargo o un ascenso y uno de los que debe tomar dicha decisión estuviera en la posición en que yo me encuentro? ¿Pensaría que el proceso fue justo?
- ⊞ ¿Puedo yo, un familiar, un amigo o un asociado, ganar o perder financieramente a causa de la decisión o acción de la organización a este respecto?
- ⊞ ¿Puedo yo, un familiar, un amigo o un asociado, ganar o perder mi/nuestra reputación ante una decisión o acción de la organización?
- ⊞ ¿He contribuido de alguna forma a título personal al asunto sobre el que se habrá de decidir o actuar?
- ⊞ ¿He recibido algún beneficio u hospitalidad de alguien que gane o pierda a consecuencia de una decisión o acción de la organización?
- ⊞ ¿Soy miembro de alguna organización, club u organización profesional, o tengo vínculos o afiliaciones particulares con organizaciones o individuos que ganen o pierdan como resultado de la consideración de la organización sobre el asunto?
- ⊞ ¿Podría haber en el futuro beneficios personales para mí, los cuales podrían generar duda sobre mi objetividad?
- ⊞ Si participo en la evaluación o toma de decisiones, ¿me preocuparía si mis colegas y el público llegaran a conocer mi asociación o conexión?
- ⊞ ¿Una persona justa y razonable notaría que fui influenciado por un interés personal al desempeñar mis responsabilidades públicas?

Ley 734 de febrero de 2002

Esta ley contiene el régimen común o general, en materia disciplinaria aplicable a todos los servidores públicos, de los diferentes niveles político administrativos. Conocida también como Código Disciplinario Único CDU, esta ley establece los derechos y deberes de los servidores públicos; las prohibiciones, impedimentos inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses (Capítulos II al IV del Título IV); las faltas disciplinarias, las sanciones y el procedimiento para su aplicación.

El nuevo ordenamiento disciplinario trae además varias disposiciones sobre responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas o que administren recursos del Estado y, concretamente, regula las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses aplicables a los particulares (Libro III, capítulo I).

Citado en el Informe del Comité de Expertos de la OEA sobre la Implementación en Colombia de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. julio 2003.

- ⊖ ¿Tengo confianza en mi habilidad para actuar imparcialmente y con base en el interés público?

¿Qué debe pasar cuando se presenta un conflicto de intereses?

Cuando alguien percibe que puede tener un conflicto de intereses, entonces ¿qué es lo que debe pasar? De acuerdo con las normas vigentes, el servidor público debe declarar el impedimento que se presenta para conocer y resolver el asunto sometido a su consideración.

Si se trata de una autoridad administrativa, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo, debe manifestar el impedimento mediante escrito motivado y entregar el expediente de la actuación al superior inmediato para que éste resuelva si lo acepta o no y si, en consecuencia, quien se declara impedido debe continuar con su conocimiento o designa un funcionario ad hoc para que continúe su trámite. Cuando el funcionario no se declara impedido no obstante incurrir en conflicto de intereses, el eventualmente afectado con la decisión puede recusarlo ante el superior inmediato, caso en el cual éste sigue el procedimiento indicado.

Si la circunstancia que origina el conflicto de intereses recae en un magistrado, juez o conjuer, según las normas procesales, éste debe declararse impedido apenas advierta la existencia del hecho, y pasar el expediente a quien debe remplazarlo. Si éste encuentra configurada la causal, asume el conocimiento del caso; en el evento contrario, remite el expediente al superior, quien determina el funcionario que debe continuar conociendo del asunto. Cuando el funcionario no se declara impedido, cualquiera de los intervinientes en el proceso puede recusarlo; en caso de que el recusado acepte los hechos, se declara separado del negocio y lo envía a quien debe remplazarlo. En el evento contrario, remite el expediente al superior, quien decide sobre el funcionario que debe continuar conociendo del proceso.

Cuando el conflicto de intereses se presenta en un congresista, de conformidad con la ley 5ª de 1992, debe comunicar el hecho al presidente de la comisión o corporación en la cual se trate el asunto que lo obliga a declararse impedido. Aceptado el impedimento, el presidente excusará al impedido de debatir y votar o designará un nuevo ponente, si es el caso. Si el congresista no se declara impedido, quien tenga conocimiento de la causal de impedimento puede recusarlo ante las cámaras, las cuales dan traslado a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, que toma la decisión que corresponda.

En caso de que cualquiera de estos servidores no declare su impedimento y tampoco sea recusado durante la actuación, seguirá conociendo y decidiendo el asunto; pero podrá ser denunciado disciplinaria y penalmente ante la autoridad competente por quien tenga conocimiento de la ocurrencia de la causal. Si se trata de un congresista, el Consejo de Estado adelantará la investigación correspondiente a solicitud de la mesa directiva de la cámara respectiva o de cualquier ciudadano y, si es el caso, decretará la pérdida de la investidura. Durante el período comprendido entre septiembre de 1992 y abril de 2001, el Consejo de Estado despojó de la investidura a siete congresistas por violación del régimen de conflicto de intereses y a diez por infracción al régimen de incompatibilidades e inhabilidades.¹¹

11 Transparencia por Colombia, datos recogidos por el Observatorio al Sistema Nacional de Integridad en la relatoría del Consejo de Estado en mayo de 2002.

Es esencial que las organizaciones hayan establecido con claridad y entendido correctamente las políticas y los procedimientos, así como los códigos de conducta escritos para enfrentar conflictos de intereses reales, potenciales o percibidos, incluyendo el nepotismo y el amiguismo.

Nepotismo y amiguismo

Los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados en matrimonio o unión permanente. Se exceptúan los nombramientos o ascensos hechos en aplicación de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos.

El nepotismo puede ocasionar conflictos en términos de lealtades dentro de una organización, particularmente cuando un pariente se ubica en una posición de supervisión directa sobre otro. Es poco probable que los compañeros de trabajo se sientan cómodos con tal situación, que debe ser evitada. Un ejemplo de una prohibición legal establece que: ninguna persona con parentesco de padre, madre, hermano, hermana, tío, tía, esposo, esposa, hijo, hija, yerno, nuera, sobrina o sobrino, puede ser ubicada en una relación de supervisión-subordinación directa.

El amiguismo es un término más amplio que el nepotismo y abarca situaciones en las cuales se dan preferencias a amigos o colegas. En la Gran Bretaña, el amiguismo se refleja en expresiones como "viejos vínculos escolares" o "viejo club de muchachos".

Casos de conflicto de intereses cuando el personal deja el sector público

La separación del funcionario del servicio público y su ingreso al sector privado se ha convertido en un asunto de importancia creciente al abordar asuntos relacionados con el conflicto de intereses. Esto es consecuencia de varios factores. Las reformas de eficiencia han conducido a la "contracción" y a la eliminación de ciertas funciones del sector público y su realización por el sector privado. Al mismo tiempo, ha habido una convergencia en las prácticas de dirección entre el sector público y el privado, por lo cual las calificaciones esenciales requeridas para trabajar en ambos sectores son ahora similares.

Como consecuencia, en muchos países ha habido una tendencia creciente de los funcionarios a considerar el empleo en el sector público, no como una carrera de largo plazo, sino un tránsito entre el sector público y el privado en el transcurso de sus vidas laborales.

Para garantizar que los administradores públicos no sean tentados por posibilidades de trabajo luego de su retiro, se requiere de un planteamiento particular para el empleo posterior al sector público. Esto no sólo reduce el riesgo de corrupción, sino que hace que

Sistema Único de Información de Personal

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en cumplimiento de lo ordenado por la ley 190 de 1995, cuenta con una base de datos denominada Sistema Único de Información de Personal que registra la información contenida en el formato único de hoja de vida de servidores públicos que se encuentran vinculados a 201 de las 206 entidades del orden nacional.

Con este sistema se pretende detectar posibles inhabilidades o incompatibilidades para ocupar un cargo, e intercambiar información con organismos de control e investigación.

La mayoría de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, los organismos de control y la Registraduría Nacional del Estado Civil deben reportar al Sistema.

Sin embargo, a la fecha no se registra información sobre casos relacionados con las normas en materia de conflicto de intereses que hayan sido prevenidos, detectados o denunciados con la ayuda de esta herramienta informática.

Citado en el Informe del Comité de Expertos de la OEA sobre la Implementación en Colombia de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. julio 2003..

la información confidencial que tenga el servidor público en retiro sea mucho menos sensible: información que desearían obtener intereses en competencia en el sector privado.

El tipo de empleo que causa preocupación es el que tiene un vínculo cercano con la posición ocupada por la persona cuando era funcionario público. Si un funcionario hace un mal uso de su posición para obtener una ventaja personal en su carrera, ya sea de manera intencional o inocente, esto afecta de manera adversa la confianza del público en la administración. Igualmente censurable es la conducta de quien usa la información confidencial adquirida durante el ejercicio de sus funciones para obtener beneficio personal o para otra persona u organización. Como también lo es la del funcionario retirado que busca influir en el trabajo de sus excolegas o subordinados, así como la de quien se retira del servicio mediante el pago de generosas indemnizaciones por supresión del empleo y se vincula nuevamente en cargos inferiores o mediante contratos de prestación de servicios de cualquier naturaleza.

Brasil lo mantiene dentro de la familia

Los diputados de Brasil han rechazado un proyecto de ley que habría hecho ilegal el nepotismo en el gobierno y el Congreso. La legislación propuesta buscaba detener la extendida práctica entre los políticos de emplear a sus parientes en posiciones bien pagadas (...)

Sin embargo, la aprobación de la propuesta se quedó corta por 22 votos de los 308 que requería para ser aprobada: 153 legisladores votaron abiertamente en contra de ella (...). Una encuesta informal realizada por líderes de la Cámara mostró que alrededor del 60% de los 513 legisladores empleaban a parientes.

"Los parientes son criaturas humanas e indefensas, no estos monstruos que se cree que son", así lo dijo el diputado Gerson Peres. El señor Peres, quien tiene a dos miembros de su familia trabajando en su oficina, ha propuesto la creación de un sistema de cuotas para limitar el número de funcionarios parientes que sea posible contratar.

La decisión escandalizó a una coalición minoritaria de congresistas, que tenían la esperanza de aprobar dicha medida.

BBC World Service, 17 de marzo de 2000.

En cuanto al empleo que se obtiene luego de la separación, existen quizás cuatro áreas principales que dan lugar a situaciones de conflicto de intereses y que merecen consideración.

- ⊞ Funcionarios que modifican su conducta para mejorar sus perspectivas de empleo luego de la separación. Dicha conducta puede incluir el favorecimiento de intereses privados por encima de la responsabilidad pública.
- ⊞ Funcionarios que se comportan de manera "suave" en sus responsabilidades oficiales para mejorar intereses personales en su carrera.
- ⊞ Un individuo que actúa con parcialidad identificándose sobremanera con los eventuales futuros intereses de empleadores.
- ⊞ Soborno claro, cuando un funcionario solicita empleo luego de su separación, a cambio del desempeño corrupto de sus responsabilidades.
- ⊞ Ex-funcionarios que usan de manera inapropiada información confidencial de gobierno adquirida durante el curso de sus funciones oficiales, para obtener un beneficio personal, o para beneficiar a otra persona u organización. Esto no incluye la información que se vuelve parte de las habilidades personales de un individuo ni el conocimiento que puede ser legítimamente utilizado para obtener otro empleo.
- ⊞ Ex-funcionarios que buscan influenciar a funcionarios. Esto incluye a ex-funcionarios que presionan a ex-colegas o a subordinados para que actúen con parcialidad, buscando influir en su trabajo o garantizando favores. Esto puede suceder de muchas maneras, tales como el establecimiento de contactos informales, 'brincarse la ventanilla' para obtener información gubernamental, o el cabildeo.

- ⊞ Reconstratación o restablecimiento de compromisos de funcionarios retirados o cesantes. Puede incluir: (a) servidores públicos de alto rango que reciban generosas compensaciones por cese y que ingresen de nuevo al servicio público en posiciones no ejecutivas, conservando sus pagos por cese completos; (b) funcionarios que dejen su empleo público sólo para restablecer sus compromisos como consultores o contratistas a tasas de pago más altas para desempeñar esencialmente el mismo trabajo; y (c) funcionarios que decidan entrar a los negocios privados y contratar trabajo de su anterior empleador, luego de arreglar sus propias indemnizaciones por cese.

El uso de códigos de conducta no es en general una solución efectiva para esta área de problemas en particular. Los códigos dejan de tener efecto cuando la gente se retira de sus funciones, exactamente el momento en que estas disposiciones se vuelven relevantes. Esto nos deja tres planteamientos generalmente aceptados:

- ⊞ Cada organismo de gobierno puede desarrollar políticas de separación específicas, en función del nivel de riesgo en esta área y del impacto probable de estas políticas en las carreras futuras, por ejemplo, de profesionales altamente calificados con áreas limitadas en las cuales poder trabajar.
- ⊞ Los contratos de trabajo pueden tener escritas restricciones específicas.
- ⊞ La promulgación de legislación es un rumbo que algunos países han tomado, pero cualquier legislación debe tener cuidado de minimizar las restricciones y no imponerlas de manera innecesaria.

Existe, por supuesto, la necesidad de garantizar que las restricciones impuestas a los empleos posteriores a la separación sean proporcionales a los riesgos existentes. Por esta razón, una alternativa es considerar que el mejor acercamiento no es el de prohibiciones amplias, sino uno que enfrente estos asuntos sobre la base de caso por caso. El nivel de riesgo para la integridad del sector público justificará el grado de dureza que se pueda imponer con restricciones amplias al sector público. Los puntos de vista, por supuesto, pueden variar, pero estas son consideraciones para tener en mente.

SIDEC

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en desarrollo de lo establecido en la ley 190 de 1995, puso en funcionamiento un “software” denominado “SIDEC” (Sistema de Información para el Control y Seguimiento de la Declaración de Bienes y Rentas de los Servidores Públicos), el cual constituye una herramienta informática que permite a las entidades manejar sistematizadamente la información del Formulario Único de Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada. Este sistema permite al Departamento Administrativo de la Función Pública realizar el seguimiento a los bienes y rentas de los servidores públicos, para lo cual el mencionado “software” cuenta con un subsistema de seguimiento y control.

Las entidades públicas del orden nacional, los organismos de control, la Fiscalía General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil tienen acceso a la información del sistema “SIDEC”, a través del cual pueden procesar el formulario único de declaración juramentada, pueden verificar el cumplimiento de la presentación de la declaración en cada momento, la veracidad del contenido y los cambios mediante el sistema de muestreo o selección.

Citado en el Informe del Comité de Expertos de la OEA sobre la Implementación en Colombia de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. julio 2003.