



Función Pública

Concepto 81851 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000081851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000081851

Fecha: 02/03/2020 03:41:45 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Conflictos de interés de un contratista. Radicado: 20202060024672 de fecha 20 de enero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita información sobre si una persona puede vincularse como contratista de la DIMAR, teniendo en cuenta que en el año inmediatamente anterior fungió como asesor de empresas del sector marítimos (autorizadas y controladas por la DIMAR), y empresas de otros sectores comerciales con negocios en el tema marítimo, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero aclarar la naturaleza de la vinculación de aquellos que suscriben contratos de prestación de servicios con instituciones del Estado, como es su caso.

EL ARTÍCULO 32 de la Ley 80 de 1993 establece en su numeral 3 lo siguiente respecto de la naturaleza de los contratos de prestación de servicios:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Adicionalmente, en Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de mayo 10 de 2001, Radicación No.1344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

“De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que los particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están

subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos (...)."

No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una excepción a la regla anterior en el evento en que al contratista se le asignen funciones públicas. En este sentido, manifestó lo siguiente en la sentencia 31797 de 2011 de la Sala de Casación Penal:

"se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular"

Este Departamento Administrativo en repetidos conceptos, en concordancia con la jurisprudencia y la normativa citada, ha definido que servidor público es toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente. También son servidores públicos los trabajadores oficiales, los de elección popular y periodo fijo.

Así, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos.

En este sentido, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de empleados públicos.

Teniendo clara la naturaleza de la vinculación, se procede a analizar si existe inhabilidad, incompatibilidad o conflictos de interés que impidan o deban ser expuestos en la contratación objeto de la consulta.

El Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2011 consideró lo siguiente respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

"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." Es decir, solo aquellas inhabilidades e incompatibilidades que no estén expresamente consagradas en la Ley pueden ser alegadas y aplicadas, de manera que se prohíbe su aplicación por analogía o extensión.

En este sentido, ni en la Ley 1437 de 2011, ni en la Ley 80 de 1993, normas en las que se consagran las inhabilidades e incompatibilidades generales para la contratación pública, se encuentra consagrada prohibición alguna para vincularse como contratista a una institución del Estado, en este caso la DIMAR, cuando en el año anterior se ha sido asesor de entidades privadas pertenecientes al sector en el que ejerce jurisdicción administrativa la DIMAR y que estaban autorizadas y bajo control de la mencionada entidad del Estado.

Ahora bien, respecto a los conflictos de interés, la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

“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.”

Así mismo, El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente al tema de conflicto de interés y causales de impedimento y recusación establece:

“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.

(...)”

Como se puede apreciar a partir de las normas transcritas, la obligación de declarar los conflictos de interés y declararse impedido para adelantar las actuaciones en las cuales se puedan concretar dichos conflictos, inicialmente recae sobre los servidores públicos, entre los cuales no se encuentran los contratistas como ya se aclaró anteriormente en este concepto.

Finalmente, 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. Siendo que estas no son situaciones sencillas de analizar, el Consejo de Estado ha establecido la necesidad de análisis en cada caso particular para determinar la necesidad de declarar un conflicto de interés o la existencia del mismo. Así, manifestó lo siguiente:

“(...)”

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.”

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que será la naturaleza de las funciones asignadas en el contrato de prestación de servicios que pretende suscribir con la DIMAR la que determinará sus potenciales conflictos de interés o no. No obstante, tal circunstancia debe ser analizada por el interesado y por la entidad pública.

Respecto a la segunda parte de su consulta, en la cual pregunta si el hermano del nombrado Director General Marítimo de la DIMAR, quien venía desempeñándose como contratista de la entidad desde antes del nombramiento del nuevo Director, y quien ahora pretende prestar los servicios que venía prestando en la misma entidad de manera tercerizada mediante otra empresa la cual tiene previsto firmar un contrato con la DIMAR, incurriría en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, o si por otra parte estaría incurriendo en un conflicto de interés.

A partir de la descripción de los hechos, en concepto de esta Entidad en este caso se está frente a un escenario de contratación de una persona jurídica como prestadora del servicio, de manera que, en principio, el régimen de inhabilidad, incompatibilidades y conflictos de interés debe analizarse es frente a la persona jurídica con la cual la DIMAR pretende ejecutar el contrato reseñado en la consulta.

Si bien la pregunta hecha por usted se refería directamente al hermano del Director General Marítimo y las inhabilidades que a este le pudieran llegar a asistir, lo cierto es que él no es el contratista con el cual la DIMAR ejecutará el contrato de prestación de servicios. Bajo este entendido, se procede a determinar si la persona jurídica estaría incurriendo en alguna causal de inhabilidad, incompatibilidades y conflictos de interés por contar con el hermano del Director General Marítimo como empleado o contratista.

EL ARTÍCULO 8 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

“(…)

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

(…)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.”

En ambos de los supuestos anteriores, se requiere para la configuración de la inhabilidad que la persona natural perteneciente a la sociedad contratista que pudiera involucrar a la sociedad en una inhabilidad pertenezca al nivel directivo, asesor o ejecutivo o sea socio/accionista de la misma. En este sentido, a menos que el hermano del nombrado Director General Marítimo sea representante legal, directivo o socio/accionista, la sociedad con la cual se tiene proyectado contratar no estaría incurriendo en una causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Ahora bien, la misma Ley 80 de 1993 sí prevé que incurrirán en causal de inhabilidad las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que los hermanos se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad, tendría prohibido contratar con la DIMAR como contratista independiente -como lo venía haciendo hasta recientemente-, pero estar contratado en la empresa contratista lo saca de los supuestos de hechos de esta prohibición.

Para mayor claridad, y atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz”, ha sido consistente al manifestar que tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva. En este sentido, no se le puede extender la inhabilidad prevista para los contratistas dentro del segundo grado de consanguinidad respecto de las entidades en las cuales su familiar sea servidor público de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre a su cónyuge o compañero permanente o a sus parientes en los grados indicados en la disposición constitucional citada, se colige que en caso que el pariente no tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que se vincule como empleado en una misma entidad pública.

No obstante, a partir de los hechos señalados en su escrito de consulta, se precisa que en caso de presentarse un conflicto de interés, deberá

acudirse a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002¹, según el cual 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 sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho; para cuyo trámite deberá adelantarse el procedimiento previsto en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, para efectos de analizar el impedimento o la recusación.

Me permito indicarle que 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luis Fernando Nuñez

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:59:19