



Función Pública

Concepto 053691 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000053691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000053691

Fecha: 01/02/2022 11:26:16 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a parientes de empleado del nivel Directivo de la entidad contratante. Conflicto de interés. Procedimiento a seguir. RAD. 20229000050652 del 26 de enero de 2022.

En la comunicación de la referencia, informa que tomó posesión el 26 de enero de 2022 en un cargo de jefe o asesor con funciones de control interno en una entidad del gobierno sin ser ordenador de gasto en esa entidad, ni nominador, ni supervisor de contratos y en la misma entidad trabaja un sobrino a través de una Orden de prestación de servicios desde hace 14 meses en una dependencia misional. Con base en la información precedente, consulta:

1. ¿Cómo se debe poner en conocimiento un conflicto de intereses?
2. ¿Qué tipo de conflicto de intereses debería declarar de los existentes en la gula del DAFP?
3. ¿Qué período tiene para declarar el conflicto de interés potencial o aparente?
4. ¿A quién debe notificarle el conflicto de interés?
5. ¿A través de que mecanismo se debería reportar el conflicto de interés?
6. ¿Cuál sería la decisión más conveniente a tomar por parte de la administración frente a los trabajos que haga la oficina de control interno frente a la dependencia en que presta sus servicios el contratista de prestación de servicios?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la prohibición de contratar, la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su Artículo 8:

"ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

(...)

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.

(...)" (Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes 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 de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Según la información suministrada en la consulta, la persona vinculada como contratista es una sobrina, quien se encuentra en tercer grado de consanguinidad con el tío, es decir, fuera de la prohibición expuesta que se extiende tan sólo hasta el segundo grado y, en tal virtud, no se configura la inhabilidad contenida en el literal b) del numeral 2º del Artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, respecto al conflicto de interés, deberá atenderse lo señalado en la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", que indica lo siguiente:

"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.

(...)

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

(...)”. (Se subraya).

Como se observa, el conflicto de Interés es una figura dispuesta para todo aquel que se encuentre ejerciendo una función pública que, en desarrollo de la misma, deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, el cual sobreviene cuando el interés general entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público. Este puede ser anunciado tanto por el servidor que directamente considere que el ejercicio de sus funciones puede acarrear un provecho particular, caso en el cual deberá declararse impedido, como por el particular que presente la recusación en contra del aquel, siguiendo el procedimiento contemplado en el Artículo 12 de la citada Ley 1437.

Sobre 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.”

Así las cosas, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, entre otras, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último. Sin embargo, este interés debe ser directo, que produzca un beneficio especial. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, en la que señaló:

“Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un

beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla."

En cuanto al trámite que debe seguirse, el Artículo 12 *ibídem* indica:

"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".

Como se aprecia, la norma estableció el procedimiento y la competencia para resolver los impedimentos y las recusaciones de los servidores públicos que se encuentren en una de las situaciones señaladas por la norma como causal de conflicto de interés. Así, en caso que un servidor considere estar en una causal de conflicto de interés o sea recusado, deberá:

Enviar dentro de los 3 días siguientes al conocimiento de la situación un escrito a su superior, donde relate los hechos e informe su deseo de declararse impedido. En caso de no tener superior, 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.

Corresponde al superior del servidor desatar la situación, quien Decidir de plano sobre el impedimento dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su recibo.

Si acepta el impedimento, deberá determinar quién conocerá del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc.

En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. El conflicto de interés debe ser puesto en conocimiento mediante un escrito dirigido al superior inmediato.
2. Cada servidor público debe evaluar si en su propio caso se configura el conflicto de interés, de acuerdo con el listado contenido en el Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011. Para ello, deberá tener en consideración los pronunciamientos del Consejo de Estado citados en el cuerpo del concepto, pues no toda situación con un pariente genera conflicto de interés (debe ser directo, que produzca un beneficio especial).
3. El servidor público tiene 3 días desde el conocimiento de la situación para poner en conocimiento la situación que puede generar el conflicto de interés
4. El conflicto de interés se debe informar al superior jerárquico. En caso de no tener superior, 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. Corresponde al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.
5. El conflicto de interés debe ser reportado mediante escrito.
6. En caso que el servidor público se declare impedido por alguna de las situaciones contenidas en la Ley en relación con su pariente en tercer grado de consanguinidad, la administración, si acepta el impedimento, podrá designar un funcionario *ad hoc* para que asuma la tarea sobre la cual recayó el impedimento. Para ello, podrá ordenar la entrega del expediente respectivo.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:20:22