

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C, miércoles, 12 de abril de 2023

20232100017593

Al responder cite este Nro.
20232100017593

PARA: Nella Patricia Chams, Gestor

DE: Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Solicitud Concepto

Respetada Nella Patricia:

En atención a su solicitud de concepto, a continuación me permito emitir el mismo con el fin de absolver el siguiente interrogante:

“Por instrucción de la doctora Sonia Gómez, estoy solicitando asesoría del área jurídica para dar respuesta a la consulta de una contratista de la UTT2 respecto a un posible conflicto de intereses en su actuación como apoyo a la supervisión del PIDAR 808 de 2022:

La contratista manifiesta que asesoró a la organización RAIZAL YOUTH ORGANIZATION en la isla de San Andrés durante la convocatoria; que su compañero y papá de sus hijos, hace parte de la organización y adicionalmente está interesado en aplicar para ser contratado como el asesor comercial, para lo cual estaría dispuesto a renunciar como beneficiario del proyecto.

Dentro de las funciones de los profesionales que actúan como apoyo a la organización se encuentran:

- *Dar cumplimiento a las órdenes impartidas por el CTGL respecto de los procesos contractuales en el marco del PIDAR.*
- *Realizar la revisión de las propuestas en los procesos de selección de proveedores de acuerdo con lo establecido en el procedimiento*

- *Coordinar y apoyar las acciones necesarias para llevar a cabo las entregas de bienes y/o servicios asociados al Proyecto Integral de Desarrollo Agropecuario y Rural.*
- *Mantener contacto directo con los beneficiarios y organizaciones beneficiarias del PIDAR con el fin de asegurar que se estén cumpliendo a satisfacción todas las etapas de implementación, acompañamiento que debe realizarse desde inicio del proyecto.*

I. DEFINICION DEL CONFLICTO DE INTERESES

El conflicto de interés se encuentra definido en la legislación colombiana en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019 así:

ARTÍCULO 44. 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. (Subraya fuera de texto)

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente como ente rector de materia de contratación pública, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 4170 de 2011 define este aspecto así:

“Una situación de Conflicto de interés se presenta cuando existe un conjunto de circunstancias que generan el riesgo de que la habilidad de un individuo para aplicar su juicio sea afectada o influenciada por un interés secundario. Ese riesgo se presenta cuando un individuo u organización puede explotar su profesión o posición para beneficio personal o de sus allegados¹”.

La Sala Plena El Consejo de Estado ha definido el Conflicto de Interés como:

“...aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues

¹ EN: Documento. Conflicto de Intereses en el Sistema de Compra Pública. National Audit Office (2015), Conflicts of Interest. Report by the Comptroller and Auditor General, Session 2014-15, Pg. 6.
https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/conflicto_de_intereses.pdf

es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial”².

II. DEL REGIMEN DEL CONFLICTO DE INTERESES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

La Constitución Política de 1991, en su artículo 123 señala:

“ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Asimismo el artículo 126 de la Carta indica:

“ARTICULO 126. *Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.*

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

(...)”

Por su parte el artículo 127 de la norma de normas indica:

“ARTICULO 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.*

(...)”

² Consejo de Estado. Sala Plena Ver las siguientes sentencias: i) del 2 de abril de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-04626-00 (PI) y ii) del 28 de noviembre de 2017, radicado 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ)

La Ley 1437 de 2011 en su artículo 11 establece las causales de impedimento, recusación y las razones por las cuales entra en conflicto la función pública y el interés particular:

“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.*
- 3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.*
- 4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.*
- 5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.*
- 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.*
- 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.*
- 8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.*

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

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.

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.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

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.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición”.

Asímismo la Ley 1952 de 2019 “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario” en su artículo 44 menciona:

ARTÍCULO 44. CONFLICTO DE INTERESES. <Ver Jurisprudencia Vigencia sobre condicionamiento a este artículo en la ley 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, 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.

Ahora bien, es importante definir quienes son “servidores públicos” en la legislación colombiana. Acerca de ello y tal como se citó antes, el artículo 123 de la C.P. establece que son servidores públicos:

1. Los miembros de las corporaciones públicas.
2. Los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 5 señala:

“ARTÍCULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

El Consejo de Estado ha precisado lo siguiente acerca de estas definiciones legales:

“El anterior recuento normativo muestra que las categorías de «empleado público» y «trabajador oficial» se encuentran definidas y diferenciadas de manera precisa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. De tal manera que, empleados públicos son las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, mientras que los trabajadores oficiales lo son a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del FNA, que de acuerdo con la Ley 432 de 1998, es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero”³.

3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicado No 11001-03-25-000-2014-01511-00(4912-14). Actor: JAIRO BENJAMÍN VILLEGAS ARBELÁEZ Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO, FNA. C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.

Por otra parte y centrándonos en los contratistas vinculados a través de contrato de prestación de servicios, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 los define como:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

...

30. Contrato 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”.

Como se observa hasta el momento del recuento normativo, el régimen legal en materia de conflicto de intereses es aplicable a los servidores públicos, clasificación dentro de la cual no se encuentran los contratistas vinculados a través de contrato de prestación de servicios. No obstante es importante traer a colación lo manifestado sobre este aspecto puntual por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–

“Ahora bien, en cuanto a la inquietud que surge muchas veces, respecto de si los contratistas, es decir quienes no tienen un vínculo laboral con el Estado sino que desarrollan actividades específicas, pueden estar inmersos en este tipo de conflicto, vale la pena recordar lo indicado por la Corte Constitucional:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

La jurisprudencia también ha señalado que el contratista se constituye en un colaborador de la Entidad Estatal con la que celebra el contrato para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del

Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público. Por lo tanto, para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

Así las cosas, es posible concluir que puede configurarse Conflicto de Intereses con la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión ya sea tomada por servidor público o contratista, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo”⁴.

III. DEL CASO CONCRETO

- **El rol de la supervisión en el Reglamento PIDAR en el modelo de ejecución directa**

De acuerdo con el Reglamento PIDAR, la Supervisión se define así:

“Supervisión: de conformidad con el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 “la supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida pro la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados”.

- **El Comité de Gestión Local**

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento PIDAR, cada proyecto cofinanciado por la Agencia tendrá un Comité de Gestión Local como instancia para la ejecución, el cual tiene como objeto coordinar, realizar monitoreo a las actividades de ejecución y dar trámite a los ajustes señalados en el reglamento.

El comité estará integrado por:

- a. El Director de la UTT
- b. El representante legal de la organización u organizaciones beneficiarias del PIDAR o su delegado.
- c. **El supervisor o apoyo a la supervisión del proyecto**, contrato o convenio.

⁴ Ver: Documento. Conflicto de Intereses en el Sistema de Compra Pública

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/conflicto_de_intereses.pdf

- d. Un representante de otros cofinanciadores, cuando existan contrapartidas adicionales, distintas a las aportadas por los beneficiarios.
- e. Un representante del ejecutor en los casos que aplique con voz, pero son voto.

Son funciones del Comité Técnico de Gestión Local las siguientes:

1. Validar el plan operativo anual para la ejecución del proyecto.
2. Verificar el cumplimiento de las actividades previstas en el plan operativo anual del proyecto.
3. Realizar evaluación de las propuestas, cotizaciones y demás documentos que sean requeridos para la realización de las compras, con base en las recomendaciones que prepare la ADR.
4. Seleccionar a los proveedores de acuerdo con los requisitos establecidos en el procedimiento de ejecución y los términos de referencia, con base en las recomendaciones que prepare la ADR.
5. Aprobar las compras y contrataciones que deban realizarse para la ejecución del proyecto previa aplicación de mecanismo de ejecución adoptado.
6. Realizar monitoreo mensual a la ejecución de las actividades previstas en el proyecto.
7. Realizar seguimiento a la implementación de planes de mejora, cuando deban suscribirse en atención a la labor adelantada por la Dirección de Seguimiento y Control.
8. Aprobar o no la solicitud de ajustes de los PIDAR que sean de su competencia.
9. Remitir al Comité Técnico de Gestión Nacional los ajustes u otros temas que se deben tratar en esa instancia de acuerdo con lo definido en el presente reglamento.
10. Remitir al Comité Técnico de Gestión Nacional lo que sea de su competencia.
11. Las demás que le sean asignadas.

El Contrato No 6012023 suscrito con la contratista Silvia Elena Torres tiene por objeto Prestar los servicios profesionales a la Unidad Técnica Territorial No. 2 soportando las actividades que se lleven a cabo en el marco de los procesos de formulación, estructuración, ejecución y seguimiento de los Proyectos Integrales de Desarrollo Agropecuario y Rural con Enfoque Territorial - PIDAR cofinanciados por el modelo de ejecución que se asigne a cargo de la Unidad Técnica Territorial.

IV. CONCLUSION

En virtud del anterior análisis es necesario precisar que el conflicto de interés se presenta cuando hay una concurrencia antagónica entre el interés general propio de la función

pública y un interés particular y directo de un **servidor público**, razón por la cual Éste deberá declararse impedido.

Teniendo en cuenta que la consulta se relaciona con una contratista vinculada a través de un contrato de prestación de servicios y que este tipo de vinculación no se encuentra dentro de la categoría de servidor público, en estricto sentido, esta no debiera declararse impedida.

No obstante y teniendo en cuenta que en el caso objeto de análisis, se presentan las siguientes situaciones de hecho:

- La contratista ha sido asignada como apoyo a la supervisión del PIDAR 808 de 2022.
- La contratista asesoró a la organización RAIZAL YOUTH ORGANIZATION – beneficiaria del PIDAR 808 de 2022 en la isla de San Andrés durante la convocatoria PIDAR.
- Su compañero permanente hace parte de la organización RAIZAL YOUTH ORGANIZATION, esto es, como beneficiario de la cofinanciación de la ADR.
- Dentro de las obligaciones actividades que debe realizar la contratista se encuentran las siguientes:
 - Dar cumplimiento a las órdenes impartidas por el CTGL respecto de los procesos contractuales en el marco del PIDAR.
 - Realizar la revisión de las propuestas en los procesos de selección de proveedores de acuerdo con lo establecido en el procedimiento
 - Coordinar y apoyar las acciones necesarias para llevar a cabo las entregas de bienes y/o servicios asociados al Proyecto Integral de Desarrollo Agropecuario y Rural.
 - Mantener contacto directo con los beneficiarios y organizaciones beneficiarias del PIDAR con el fin de asegurar que se estén cumpliendo a satisfacción todas las etapas de implementación, acompañamiento que debe realizarse desde inicio del proyecto.

Se recomienda que la contratista sea asignada a otros proyectos que le correspondla realización de otras actividades por cuanto, en su caso y de tratarse de una servidora pública, es evidente que se presentaría el conflicto ampliamente estudiado en este escrito.

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

Cordial saludo,

MÓNICA ROCÍO ADARME MANOSALVA

Proyectó: Yina Mora- Asesora Oficina Jurídica
Revisó: Karina Reyes – Abogada Oficina Jurídica
Aprobó: Mónica Adarme – Jefe de la Oficina Jurídica