

CJ 112 01

Pereira, 30 de enero de 2012

Doctor

CARLOS ARTURO CARO ISAZA
Secretario de Planeación Municipal
Ciudad

**ASUNTO: SOLICITUD DE CONCEPTO REFERENTE A INHABILIDAD
112000-0510**

De la manera más atenta me permito rendir mi concepto sobre la existencia de una posible inhabilidad que usted como Secretario de Planeación Municipal pueda tener al suscribir el Municipio de Pereira contratos con la Universidad Tecnológica de Pereira; para ello es imprescindible traer a colación la vinculación que como servidor público tiene con esta alma mater.

Es así como recordamos que la Rectoría de la Universidad le otorgó una comisión para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción en el municipio de Pereira, comisión que cuenta con una temporalidad de un año. El cargo de libre nombramiento y remoción es el de Secretario de Despacho en la Secretaría de Planeación Municipal de Pereira.

FUENTE FORMAL

Constitución Política
Decreto 2400 de 1968
Ley 734 de 2002
Ley 1474 de 2012

PROBLEMA JURÍDICO

Si se presenta inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de interés al contratar a la Universidad Tecnológica de Pereira como Secretario de Planeación Municipal, siendo que dicho cargo lo ejerce en virtud de una comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción otorgado por el Rector de dicha Universidad.

Y si se presenta inhabilidades en el momento de renunciar al cargo de Secretario de Planeación Municipal y regresar al cargo que venía desempeñando en la Universidad Tecnológica de Pereira.

DESARROLLO

Se hace necesario verificar previamente las funciones que como Secretario de Despacho Municipal ejerce, es así, como hay que analizar si dentro de las mismas se encuentran aquellas tendientes a gestionar, participar, tramitar, escoger, controlar, vigilar a contratistas del Municipio; bien porque los vínculos contractuales se realicen a través de procesos de selección de los previstos en el Estatuto de Contratación Estatal o por la suscripción de convenios de cooperación interinstitucionales.

La Constitución Política de Colombia estipula en su artículo 127 lo siguiente:

“Los servidores públicos no podrán celebrar, por si 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 excepciones legales”.

El decreto 2400 de 1968, en el parágrafo del artículo 9 (modificado por el artículo 1 del decreto 3074 de 1978) señala:

“La persona que haya sido empleado público no puede gestionar ni directa ni indirectamente, a título personal, ni en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. Durante el año siguiente a su retiro tampoco podrá adelantar gestiones, directa o indirectamente, ni a título personal ni en representación de terceros, ante la dependencia a la cual prestó sus servicios”.

La ley 734 de 2002 en su artículo 35 sobre las prohibiciones para servidores públicos establece:

“22. Prestar a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra (...)

25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo”. (...)

Respecto al conflicto de intereses la misma ley 734 de 2002 en su artículo 40 dispone:

“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 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.

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

Posteriormente es la Ley 1474 de 2011 en su artículo cuarto que adiciona la siguiente inhabilidad para ex empleados públicos:

"INHABILIDADES PARA QUE EX EMPLEADOS PÚBLICOS CONTRATEN CON EL ESTADO. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público".

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 11 de diciembre de 1981 manifestó:

"(...) 1. Las normas citadas en la consulta tienen por objeto obtener dentro del campo de la función pública la más absoluta independencia de los funcionarios públicos y de quienes ejercen funciones públicas, en la prestación de sus servicios extendiéndola, en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a los cuadros de la administración, todo esto, con un claro criterio de sana moralidad administrativa. Ello tiene por finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos, amparado en las circunstancias de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

Se trata de evitar, en cualquier tiempo, bien sea mientras se pertenece a la administración o después cuando se ha desvinculado de ella, el uso o provecho de las prerrogativas y facilidades que en fin de cuentas se obtiene por estar o haber pertenecido a la administración en cualquiera de sus sectores organizativos. No es, ni puede ser desconocido para nadie, que quien ejerce funciones públicas, llámese funcionario o particular investido de éstas, se encuentra familiarizado con toda una serie de funciones que constituyen los mecanismos, las vías, las formas por medio de las cuales se canaliza la actuación de la administración globalmente considerada. Ello implica el

conocimiento, la percepción directa, no sólo de aquellos asuntos que le competen al funcionario, sino también de aquellos que corresponden a su repartición administrativa interna. De allí que el legislador con una sana política de moralidad administrativa, extienda en el tiempo, en forma permanente una incompatibilidad que impide gestionar negocios o celebrar contratos, que se hayan tenido a cargo o de los cuales se haya conocido durante el ejercicio de las respectivas funciones.

2. Se tiene entonces, que el simple conocimiento de un contrato o negocio, o el haber tenido asuntos a cargo, inhabilita para celebrar el contrato o gestionar tales asuntos, sin que sea necesario que la actuación haya sido definitiva y que como consecuencia de la misma se hubiere tomado una decisión. Basta, para efectos de las normas citadas, el conocimiento, la participación en cualquier forma, así sea simplemente de trámite, para quedar cobijados por las incompatibilidades que establece el parágrafo del artículo 1 del Decreto 3074 de 1968 modificadorio del artículo 9 del Decreto 2400 del mismo año o la que señala el último inciso del artículo 9 del Decreto - Ley 150 de 1976.

No de otra forma pueden interpretarse normas que propenden por una moralización de la administración pública y una diafanidad en sus actuaciones. De otra parte, el legislador no ha distinguido si la intervención debe ser o no definitiva a efecto de quedar incurso en las incompatibilidades señaladas, razón de más que le impide al intérprete hacerlo, como lo establecen claras disposiciones legales que regulan el ámbito de actuación de aquél, en relación con las normas de derecho (...)"

Lo anterior frente a las incompatibilidades, pero respecto al conflicto de intereses es necesario señalar que para que se presente tal figura es necesario que el servidor público: 1) tenga un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión en el asunto. 2) o que dicho interés lo tenga alguna de las personas indicadas en las normas (artículo 40 ley 734 de 2002) 3) y no haberse declarado impedido para actuar en el mismo.

Es así como el establecimiento de un régimen que regule el conflicto de intereses, tiene como finalidad garantizar que al momento en que los servidores públicos al momento de tomar decisiones, deben consultar siempre el bien común, evitando que el interés particular prevalezca afectando así el interés general. Se concluye entonces que es una forma de garantizar la transparencia en la adopción de decisiones.

Así las cosas, y para dar mayor claridad es preciso diferenciar cada una de las situaciones planteadas:

1.Las inhabilidades son limitaciones que la Constitución Nacional y la Ley enuncian para contratar con el Estado, por la falta de aptitud o calidad de un sujeto que lo incapacita para ser parte en la relación contractual por estar implicado el interés público.

2.La incompatibilidades, son prohibiciones de la Constitución Nacional y la Ley establecen, dirigidas a que al titular de la función pública se le impida ejercer ciertas actividades, con el fin de proteger el interés superior que puede verse afectado por actos de imparcialidad o subjetividad de las actuaciones que debe desarrollar un funcionario que actúa en nombre del Estado.

3.El conflicto de intereses se presenta cuando el servidor público al momento de realizar alguna gestión ante la administración observa que sus intereses particulares y como funcionario están contrapuestos, por lo cual se declara impedido para conocer del asunto.

Por lo anterior, dentro del régimen de prohibiciones definido tanto en el decreto 2400 de 1968 como en la Ley 734 de 2002 y la ley 1474 de 2011, los servidores públicos no pueden gestionar ni directa ni indirectamente, ni a título personal ni en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo. Igualmente, durante los dos años siguientes a la fecha de su retiro no pueden adelantar gestiones, directa o indirectamente ni a título personal ni a título de terceros, ante la dependencia a la cual prestó sus servicios.

Como la consulta se hace en términos generales y no sobre un caso en concreto, esta dependencia presenta las siguientes conclusiones:

1. El Señor Secretario de Planeación Municipal se encuentra ejerciendo dicho cargo en virtud de una comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción otorgada por el Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira, entidad para la cual prestaba sus servicios como Director de la Oficina de Planeación.
2. Por lo anterior se afirma que el Ingeniero Caro Isaza no perdió la calidad de servidor público.
3. Entre el Municipio de Pereira y la Universidad Tecnológica de Pereira han existido y existen vínculos contractuales y de cooperación.
4. Que la División de la Planeación de la Universidad Tecnológica de Pereira ha liderado y puede llegar a liderar proyectos por medio de los cuales se desarrollan convenios y contratos interadministrativos con el municipio de Pereira.
5. Es necesario observar en primera instancia si el actual Secretario de Planeación Municipal participa en el trámite, planeación, desarrollo,

control y seguimiento de contratos o convenios suscritos o a suscribir entre el municipio y al Universidad Tecnológica de Pereira.

6. Será cada caso en concreto y con base en las normas antes transcritas, que en conjunto con el Municipio de Pereira determinar si se está frente a un posible conflicto de intereses. En principio, podría afirmarse, coincidente con las conclusiones del concepto de la oficina jurídica del Municipio de Pereira, que por tratarse de convenios interadministrativos, no resultan predicables la existencia de inhabilidades o incompatibilidades o conflicto de intereses pero, no obstante, estos sí podrán existir respecto de la persona CARLOS ARTURO CARO, en la ejecución de convenio o contratos interadministrativos que hayan de ejecutarse por la universidad una vez sea desvinculado de la Secretaría de Planeación Municipal.
7. Es claro que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplica sin importar la naturaleza misional de la Universidad Tecnológica de Pereira.
8. En el eventual caso de dejar el cargo como Secretario de Planeación Municipal se le aplicaría la inhabilidad prevista en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

EFFECTOS DEL PRESENTE CONCEPTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el presente escrito no es de obligatorio cumplimiento y por tanto no compromete la responsabilidad de la universidad.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del asunto, y sólo resta ofrecer la disposición a rendir las aclaraciones o ampliaciones que del mismo se deriven.

Hasta una próxima oportunidad,

CARLOS ALFONSO ZULUAGA ARANGO

Secretario General

M.T.V.