



Función Pública

Concepto 263001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000263001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000263001

Fecha: 17/06/2020 09:33:47 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. JEFE DE CONTROL INTERNO -Inhabilidad sobreviniente por parentesco con el Gobernador - RAD.20209000188602 del 15 de mayo de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con la inhabilidad sobreviniente de la Jefa de Control interno de una Corporación Autónoma Regional, por ser pariente de un gobernador que va a ser nombrado en condición de encargo, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso anotar que de conformidad con lo expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado¹, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva.

Así mismo señala la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos², que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Ahora bien, la Constitución Política sobre la prohibición de nombrar o contratar parientes, establece:

"ARTICULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar o contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras, yernos y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Ahora bien, la Ley 617 de 2000³ sobre las prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, estableció que no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, tíos, primos, sobrinos, bisabuelos bisnietos), segundo de afinidad y primero civil del Gobernador.

Tampoco podrán ser designados como funcionarios del respectivo departamento, Distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas, los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos) de los gobernadores, así como tampoco, podrán ser contratistas del Municipio, Distrito o Departamento o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de los Gobernadores.

Como quiera que, para el caso de su consulta la pariente del gobernador fue vinculada antes de la elección y posesión del mismo, es preciso señalar que el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, señaló:

“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

Si bien el artículo 6° de la ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente - a la entidad a la cual presta servicios - que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora. (Resaltado nuestro)

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.

(...)

Ahora bien, en relación con los funcionarios territoriales, la ley 617 de 2000 en el inciso 2° del artículo 49 desarrolla la prohibición referida, al

establecer que no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, que reitera la prohibición constitucional sobre la materia.

(...)

2. El empleado vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión en un cargo de elección popular de su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y en la Ley, no está inhabilitado para continuar desempeñando el cargo, por no estar consagrada expresamente en la Ley dicha situación como causal de inhabilidad sobreviniente” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Tal como lo señala el Consejo de Estado, la conducta prohibida es la de “nombrar”, por lo que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios. En consecuencia, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional.

En consecuencia, para el caso objeto de consulta y de conformidad con lo señalado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en criterio de esta Dirección si la empleada se encontraba vinculada a la entidad con anterioridad a que su familiar se posesione como Gobernador, no estará inhabilitada para continuar desempeñando el empleo, en razón a que como lo expresa la Honorable Corporación, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

No obstante, lo que puede presentarse eventualmente sería un conflicto de interés. Sobre ese tema, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, indica:

“ARTÍCULO 40. 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.

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)”

La Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” sobre conflicto de intereses, impedimentos y recusación, señala:

“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.

(...) (Subrayas fuera del texto)

La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2002, con expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01, sobre el mismo tema sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992.⁴ Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito." (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, tal circunstancia debe ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si en el caso objeto de consulta, se presenta un conflicto de interés en relación al parentesco; en caso afirmativo, el servidor que deba sustanciar alguna actuación, deberá declararse impedido so pena de ser recusado.

En caso de que requiera más 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": /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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: C. Platín

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia proferida dentro del Expediente N. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
2. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
3. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
4. Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:38:27