



Función Pública

Concepto 238401 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000238401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000238401

Fecha: 07/07/2021 03:09:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Vinculación de cónyuge. Rad. 20212060504312 del 7 de julio de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que el Presidente de la República considera nombrar como Viceministro de Comercio Exterior a quien está casado con la actual Agregada Comercial, con categoría de Consejero en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Popular China, según el Decreto 128 del 19 de enero de 2018. Al Ministerio de Comercio Industria y Turismo, de acuerdo con el Artículo 1 del Decreto ley 210 de 2003, le corresponde entre otros asuntos, formular las políticas generales en materia de desarrollo económico y competitividad, así como la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo, y la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con el comercio exterior. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, se establece en la estructura del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el Artículo 6, numeral 2 del mencionado decreto ley, el Despacho del Viceministro de Comercio Exterior, indicando las diferentes dependencias a su cargo. Adicionalmente, el Artículo 14 del mismo marco normativo, establece las funciones del Viceministro de Comercio Exterior. Por otra parte, las funciones de los agregados comerciales en el exterior, están establecidas en el numeral 5 del Artículo 283, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Con base en la información precedente, solicita conceptuar si por el nombramiento o en el ejercicio de su cargo podría incurrir en una posible inhabilidad y conflicto de intereses, teniendo en cuenta que su esposa, como se indicó ejerce actualmente el cargo de agregado comercial, vinculada a Procolombia, entidad diferente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que en el Artículo 34 del Decreto Ley 210 de 2003, se establece la Junta Asesora de Proexport, hoy Procolombia, se pregunta si podría el Viceministro postulado, ser el miembro delegado por la Ministra de Comercio Industria y Turismo a dicho organismo, teniendo en cuenta lo ordenado en el Artículo 283, numeral 4 literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que señala lo siguiente: "(...) e. No podrán ser nombrados o contratados como agregados comerciales quienes tengan parentesco hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, con los miembros de la Junta Asesora, o de la Junta del Banco de Comercio Exterior; o con quien o quienes directa o indirectamente intervengan en el nombramiento o en la decisión de celebrar el respectivo contrato (...)".

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto

Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 2. El Artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

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.

(...)” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni 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, segundo de afinidad, primero civil 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 la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Para el caso de la consulta, quien ejerce la nominación del cargo de Viceministro de Comercio Exterior es el Gobierno Nacional, Presidente de la República y Ministra de Comercio, Industria y Turismo, y entre uno y otro no se evidencia parentesco alguno.

De acuerdo con la información suministrada en la consulta, el vínculo de matrimonio se predica del postulado al Viceministerio y la Agregada Comercial, con categoría de Consejero en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Popular China. Ninguno de los dos actúa como nominador del otro. Por tal razón, la prohibición descrita en el Artículo 126 de la Carta no es aplicable al caso en estudio.

Ahora bien, la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, consideró lo siguiente:

“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 (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica, salvo en lo favorable.

Revisada la legislación relacionada con las inhabilidades e incompatibilidades, no se encontró alguna que prohíba la vinculación del cónyuge de la Agregada Comercial, con categoría de Consejero en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Popular China, como Viceministro de Comercio Exterior. En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que no se configura una inhabilidad para que el citado cónyuge sea designado Viceministro de Comercio Exterior.

En cuanto al conflicto de interés, éste se encuentra reglado 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.*

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.*

(...)

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.*

(...)

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”.*

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, le sobreviene cuando el interés general entra en conflicto con su interés particular y directo. Éste 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.

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, particular y concreto. 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."

Ahora bien, si el servidor público considera que se configura alguna de las causales de conflicto de interés, u otra persona estima que éste se presenta, se deberá seguir el procedimiento consagrado en el Artículo 12 de la citada Ley 1437, que 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".

Según el texto legal, el servidor presentará por escrito su impedimento ante el superior, quien lo decidirá dentro de los 10 días siguientes a su recibo. No obstante, cualquier persona interesada puede presentar la recusación y el servidor deberá manifestar si la acepta o no.

De acuerdo con lo expuesto, si un servidor público considera que se encuentra incurso en alguna causal de conflicto de interés, debe manifestarlo así a su superior inmediato, siguiendo el procedimiento señalado en el Artículo 12 citado con antelación que, una vez agotado, se decidirá si se acepta o no. Debe señalarse que, como indicó el Consejo de Estado, el conflicto de interés debe ser directo, que produzca un beneficio especial, particular y concreto. Esto significa que, en criterio de esta Dirección, los servidores públicos, (para el caso el Viceministerio en caso de ser nombrado y la Agregada Comercial), deberán analizar si en el ejercicio de sus cargos se configura alguna de las causales de conflicto de interés y, de ser así, seguir el trámite respectivo.

No obstante, debe señalarse que el ejercicio de las funciones de los cargos que se estudian, no generan *per se* un conflicto de interés por el vínculo marital. Las situaciones deben ser analizadas de manera particular e independiente.

Respecto a la posible inhabilidad para ser designado como delegado por la Ministra de Comercio Industria y Turismo en la Junta Asesora de

Proexport, hoy Procolombia, le informo que este Departamento no es competente para desatar esta consulta. Por tal razón, esta inquietud será remitida a la Superintendencia Financiera de Colombia para que la atienda.

En caso 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: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: César Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:09