



## Concepto 391731 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000391731\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°. : 20216000391731

Fecha: 28/10/2021 04:22:38 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades e incompatibilidades. Conflicto de interés. RAD. 20212060650002 del 1 de octubre de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Debe declararse impedido un funcionario de nivel directivo o asesor que tenga dentro del resorte funcional del manual de funciones ejerce la supervisión sobre un contratista con el cual tenía algún grado de consanguinidad, afinidad o civil, en grados superiores a los que permite la Ley para ser contratista?
2. ¿Si la Ley permite que se contraten ciudadanos con vínculos consanguíneos de afinidad y civil según su regulación no pueden los servidores públicos del nivel directivo y asesor ejercer supervisión sobre estos contratistas?
3. En caso de existir algún conflicto de interés respecto a estas supervisiones, ¿cuál sería el cimiento legal que regula el mismo y en consecuencia tendría que declararse impedido el funcionario?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a las inhabilidades e incompatibilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado, en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, consideró respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, 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).

Por su naturaleza las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas, expresas y de interpretación restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de este no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz de 1993, respecto a las inhabilidades señaló:

“Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.”

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional en cuanto a las inhabilidades, indican que, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva. Por lo tanto, no es viable que las

inhabilidades o las incompatibilidades relacionadas con la contratación de servidores públicos, como lo planteado en su consulta, modifique los elementos que configuran estas limitantes, como sería el caso de los grados de parentesco de incluidos para la contratación de parientes de servidores públicos.

Así, la Ley 80 de 1993, señala en su artículo 8º, numeral 2º, literales b) y c), que el cónyuge, compañero o compañera permanente, parientes del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no pueden contratar con la entidad donde su pariente labora. Estas condiciones no pueden ser ni reducidas ni ampliadas, por ejemplo, superar o reducir el segundo grado de consanguinidad en la prohibición.

Ahora bien, el conflicto de interés está 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:

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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)".

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.

Si el servidor público o un tercer, consideran que se configura alguna de las causales de conflicto de interés, 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".

El conflicto de interés, si bien en algunos casos de los enlistados en el artículo 11 su existencia se verifica con el simple cotejo de situaciones (por ejemplo, la existencia de un proceso judicial), en otros se debe hacer una valoración particular del caso. Así lo ha señalado el Consejo de

Estado, quien en sentencia emitida

“Sobre la figura del conflicto de interés, esta Sección, en providencia del 19 de septiembre de 201912, señaló:

<<... se configura en aquellas situaciones en las que el funcionario se vea impelido a expresar públicamente el provecho, utilidad o beneficio personal que la toma de una decisión pública puede generar en su vida privada, para ser sometido a valoración de sus pares. Se trata entonces de un ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal>>.

En similar sentido, en reciente sentencia del 3 de septiembre de 202013, la Sala precisó:

<<[H]ay conflicto de intereses cuando el interés general propio de la función pública entra en conflicto con el particular y directo del servidor público. (...). [P]ara que se configure el conflicto de intereses se requiere: (i) que el servidor público haya incurrido en una conducta contraria a la función pública, (ii) motivado por el interés particular o ausencia del general, (iii) toma una decisión o realizar una gestión propia de sus gestiones o cargo, (iv) en provecho suyo, de su familia o de un tercero>>.

El régimen de conflicto de interés constituye un instrumento valioso que busca evitar que el servidor, prevalido de su cargo, se ubique en una posición de ventaja o provecho personal, para sí o para un tercero, a costa de la salvaguarda del interés general. Se trata de una garantía de rectitud e imparcialidad en el ejercicio de la administración pública como regla legitimadora del poder del Estado.” (Se subraya).

Según el fallo, el conflicto de interés es un ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal. Es entonces, una garantía de rectitud e imparcialidad en el ejercicio de la administración pública.

Así las cosas, el servidor público que se encuentre en una de las situaciones expuestas en el artículo 11 de la Ley 1437, se encuentra en la obligación de declararse impedido de actuar.

Sin embargo, si en una situación no enlistada en el citado artículo, el servidor estima que puede verse afectada su toma de decisiones por considerar que la misma genera conflicto entre su vida privada y el ejercicio de la función pública, puede, en su sano criterio declararse impedido y será la autoridad competente, quien decida si efectivamente se presenta el conflicto de interés.

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

1. ¿Debe declararse impedido un funcionario de nivel directivo o asesor que tenga dentro del resorte funcional del manual de funciones ejerce la supervisión sobre un contratista con el cual tenía algún grado de consanguinidad, afinidad o civil, en grados superiores a los que permite la Ley para ser contratista?
2. ¿Si la Ley permite que se contraten ciudadanos con vínculos consanguíneos de afinidad y civil según su regulación no pueden los servidores públicos del nivel directivo y asesor ejercer supervisión sobre estos contratistas?

Si la entidad contrata a parientes de un servidor público del nivel directivo o asesor, que lógicamente están fuera de los grados parentales indicados por la Ley para su vinculación como contratista, el citado servidor podrá, en su sano criterio, declararse impedido para ser supervisor del contrato que desarrolla su pariente.

En este caso, será el superior del servidor quien decida dentro de los 10 días siguientes a la fecha del recibo de la manifestación del impedimento, si lo acepta o no. De aceptarlo, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo 12 de la Ley 1437.

3. En caso de existir algún conflicto de interés respecto a estas supervisiones, ¿cuál sería el cimiento legal que regula el mismo y en consecuencia tendría que declararse impedido el funcionario?

El servidor público que se encuentre en una de las situaciones expuestas en el artículo 11 de la Ley 1437, se encuentra en la obligación de declararse impedido de actuar. Sin embargo, si en una situación no enlistada en el citado artículo (como sería el caso de un pariente que está fuera del grado de consanguinidad señalado en la norma), el servidor estima que puede verse afectada su toma de decisiones por considerar que la misma genera conflicto entre su vida privada y el ejercicio de la función pública, puede, en su sano criterio, declararse impedido y será la autoridad competente, quien decida si efectivamente se presenta o no el conflicto de interés.

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: 2025-03-03 01:31:13*