



## Concepto 065811 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000065811

Fecha: 14/02/2023 02:39:11 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gobernador.

Servidor Público. Conflicto de Intereses. RAD. 20239000055272 del 26 de enero de 2023.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con la vinculación de una servidora a la Gobernación y un presunto conflicto de intereses, me permito dar respuesta en los siguientes términos frente a cada uno de ellos:

*“¿Al tener la facultad nominadora el nuevo Gobernador encargado señor Willington Rodríguez, puede nombrar secretario de despacho empleo de libre nombramiento y remoción a la sobrina del Gobernador electo que en el momento está en prisión, cumpliendo con los requisitos exigidos por ley para su posesión?”*

Sea lo primero señalar que, con relación a la falta absoluta del Gobernador, la Constitución Política establece:

“ARTÍCULO 303. En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.” (Subrayado fuera del texto)

La Ley 2200 de 2022, establece:

“ARTÍCULO 121. Faltas absolutas. Son faltas absolutas del gobernador:

(...)

9. La condena a pena privativa de la libertad debidamente ejecutoriada, salvo que se trate de delitos políticos o título de culpa.

ARTÍCULO 135. Designación de gobernador en caso de falta absoluta o suspensión. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período constitucional, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político

o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido. Acto administrativo que será comunicado a la asamblea departamental.

En los dos eventos anteriores, mientras se designa y asume el gobernador encargado, actuará como tal el secretario de gobierno o quien haga sus veces en el departamento.

(...)"

Conforme a las disposiciones mencionadas, la condena a pena privativa de la libertad debidamente ejecutoriada contra el gobernador, genera una falta absoluta, caso en el cual se deberá observar si la misma es por un tiempo superior o inferior a los 18 meses de la terminación del periodo. Si fuera mayor se debe elegir gobernador por el tiempo que falta, en caso contrario se designara un gobernador según el marco legal siguiente:

Teniendo claro esto y para el caso particular de la consulta, es pertinente afirmar que el actual gobernador encargado, tiene dentro de sus funciones, la función nominadora en la entidad.

Aclarado lo anterior, y con relación a las inhabilidades, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, las inhabilidades, 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, lo cual significa que deben sujetarse estrictamente a las causales previstas por el legislador.

En este entendido, respecto de las inhabilidades para nombrar como empleados públicos a los cónyuges, compañeros permanentes o los parientes, la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone:

"ARTÍCULO 126.- Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 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".

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el empleado que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar 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 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 la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que como quiera que la prohibición se encamina a restringir que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre a sus parientes en los grados arriba indicados.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la sobrina del ex gobernador no tiene vínculos de parentesco con el actual gobernador encargado, quien es el competente para ejercer la función nominadora, esta Dirección Jurídica considera que el gobernador actual podrá nombrar en un empleo de libre nombramiento y remoción a la sobrina del anterior gobernador que fue retirado del cargo por la imposición de una pena privativa de la libertad, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos en el manual de funciones y competencias laborales.

*"¿Al tomar posesión del cargo en la Oficina de Talento Humano se le informa a la persona que se va a posesionar en el empleo como secretaria de despacho empleo de libre nombramiento y remoción cumpliendo con los requisitos de ley que NO lo puede hacer por estar inmersa en inhabilidad e incompatibilidad por conflicto de intereses por ser sobrina del Gobernador Facundo Castillo y NO del actual Gobernador encargado señor Willington Rodríguez y no se lo manifiestan por escrito sino verbalmente, se genera alguna sanción de responsabilidad conforme a las disposiciones de ley, Decreto 1083 de 2015 y Código General Disciplinario?"*

Sea lo primero indicar que conforme al Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no es el competente para pronunciarse sobre

los presuntos hechos generadores de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. No obstante, a manera de información con relación al tema consultado, en especial el conflicto de intereses, es pertinente señalar lo siguiente:

En lo que se refiere al conflicto de interés, la Ley 1437 de 2011 establece en sus artículos 11 y 12 que, cuando o el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido, caso en el cual, éste 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, frente a lo cual la autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. En consecuencia, si se acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, para lo cual podrá designar un funcionario ad hoc.

En igual sentido, la Ley 1952 de 2019, establece en sus artículos 44 y 56:

"ARTICULO 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."

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, 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."

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo De Estado, en sentencia con Radicación núm.: 440012331000200400684 01 del 27 de enero de 2005, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, precisó:

"La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas."

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, con ponencia del Magistrado 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.

*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.*

*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.*

*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.*

*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."*

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de interés se estructura 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. Esta figura es aplicable a todos los servidores públicos, sin importancia de su nivel o grado, el cual opera con el fin de impedir que el interés general propio de la función pública sea utilizado para un provecho particular. Tal circunstancia debe ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta.

Ahora bien, al analizar la situación particular, esta Dirección Jurídica estima que, en principio, no se configura el conflicto de interés ante el nombramiento de la sobrina del ex gobernador, toda vez que para que se configure tal conflicto la persona ya debería ser servidora pública y en desarrollo de sus funciones pueda eventualmente conocer sobre las situaciones en las que sus intereses personales pueden influir en el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades, en beneficio particular, afectando el interés público.

Por lo tanto, el conflicto de intereses es una situación que se conoce en el ejercicio de funciones como servidor público y que no se constituye como un impedimento para el nombramiento en un empleo público.

*"¿La sobrina del Gobernador Electo por esta en causal de privado de la libertad que no tiene ninguna afinidad familiar con el nuevo gobernador este la puede posesionar en el empleo de secretario de despacho que es de libre nombramiento y remoción?"*

Se reitera lo manifestado en las dos respuestas anteriores.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero Aprobó: Armando López Cortés 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:42