



Concepto 101441 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000101441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000101441

Fecha: 10/03/2023 08:43:36 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. RADICACIÓN: 20239000081032 Del 6 de febrero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

¿Existe alguna inhabilidad para nombrar en cargo de provisionalidad a un pariente en segundo grado de consanguinidad colateral (hermano) del Secretario de Gobierno de la Alcaldía municipal de primera categoría, en una Personería del mismo municipio?

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primera medida, corresponde indicar que, las inhabilidades la Corte Constitucional señala: *“las inhabilidades son requisitos negativos para acceder a la función pública o circunstancias fácticas previstas en el ordenamiento jurídico que impiden que una persona tenga acceso a un cargo público o permanezca en él. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento o cargo anterior del aspirante no afectará el desempeño de las funciones públicas que pretende ejercer.*

Las inhabilidades tienen como como propósito: (i) garantizar la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en el acceso y la permanencia en el servicio público; y (ii) asegurar la primacía del interés general sobre el interés particular del aspirante. Así, las inhabilidades son un mecanismo determinante “para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño”¹

En virtud de lo anterior, las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el constituyente y legislador en la Constitución y en la Ley su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva y su finalidad es impedir quienes se encuentren inmersos en dichas situaciones puedan ejercer funciones de públicas con el fin de evitar un menoscabo o cualquier afectación al interés general.

Así las cosas, sobre las prohibiciones para nombrar, postular o contratar, la Constitución Política en su artículo 126 establece:

“ARTICULO 126. Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015). 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”.

En análisis de la norma transcrita la Corte Constitucional en Sentencia C-380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Hernando Herrera Vergara, respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución, preceptúa:

“En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados. A su turno, el artículo 292 constitucional, en su inciso 2o., que según el actor se desconoce en la norma acusada, localiza la prohibición de ciertos ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial en la cual ejercen su actividad los diputados o concejales, con quienes tengan un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o un parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

“En ese orden de ideas, la excepción que trae el inciso 2o. del mismo artículo 126 superior, mediante la cual se excluye de la prohibición general de los servidores estatales la de realizar ciertos nombramientos de personas cercanas afectiva y familiarmente en virtud de los resultados obtenidos por el empleo de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos y que recoge el parágrafo 2o. demandado, resulta plenamente aplicable en el ámbito territorial ; esto significa que si tiene cabida en el orden municipal el mandato general que prohíbe a los servidores públicos estatales los nombramientos de personas cercanas por vínculos de matrimonio o de unión permanente o de parentesco en los grados que establece la Carta, necesariamente también la tendrá la totalidad de la regulación consagrada en ese sentido, es decir la relacionada con sus disposiciones exceptivas, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial.” (subrayado fuera del texto).

De conformidad con la norma y la jurisprudencia, es de advertir que, la prohibición va dirigida para aquellos funcionarios que ejercen la función nominadora, la cual consiste en nombrar, postular o contratar en la entidad que dirige a personas que se encuentren dentro del parentesco contemplado por la norma 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.

En este orden de ideas, la prohibición va dirigida para los eventos en que en ejercicio de la facultad nominadora nombre, postule o contrate con estas personas; razón por la cual en el caso de su consulta no encuentra impedimento alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde anotar que aun cuando no se evidencia una inhabilidad, en caso de ser nombrado debe observar las normas contempladas para un eventual el conflicto de interés en el desarrollo de sus funciones.

En este punto es de anotar respecto a si se puede configurar una situación que desencadene un conflicto de interés, por lo que, corresponde analizar la Ley 1437 de 2011², la cual desarrolla esta figura de la siguiente manera:

“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.

Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

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.

Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

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.

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.

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.

Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

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”.

“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”. (Subrayado nuestro).

De lo anterior, se tiene que un servidor público se encuentra en una situación de conflicto de interés cuando el interés particular se contraponen al interés general en ejercicio de la función pública a su cargo, que en desarrollo de la misma el servidor debe garantizar que actuaciones administrativas que deben realizarse de manera objetiva sin contraponer su interés personal.

De este modo, la Ley 1952 de 2019³, establece en sus artículos 40 y 56:

“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 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

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. (...)”

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 este sentido, vemos que el Consejo de Estado define el conflicto de interés, como aquella situación a la que se puede ver enfrentado el servidor en donde se contraponen el interés general y el interés particular, generando que este se vea impedido de realizar la actividad administrativa de manera parcial u objetiva, situación que deberá ser revisada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con su consulta.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 de la citada Ley 1437 de 2011 el cual contempla que se puede estar incurrido dentro de una situación donde se evidencie el conflicto de interés 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." Por lo que de ser el caso se considera revisar de manera rigurosa.

Es importante advertir, que el conflicto de interés a diferencia de la inhabilidad e incompatibilidad, no son supuestos enunciados por la norma en los cuales se pueda ver inmerso el servidor, por lo que las situaciones que genera el conflicto de interés no se encuentran de manera taxativa en la Constitución y la Ley, por lo que determinar si se está dentro de una situación en la que pueda llegar a configurarse un conflicto de interés dependerá únicamente del análisis jurídico y fáctico realizado por las partes interesadas.

Por otro lado, en caso de considerarse inmerso en una situación donde se evidencie un conflicto de interés por parte de la funcionaria puede hacerse uso de la figura de funcionario ad hoc designando a una persona para efectos de ejercer tales funciones administrativas para las cuales se encuentra impedido.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, del doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), Radicación: 11001-03-28-000-2012-00034-00 se pronunció sobre la figura de funcionario ad hoc señalando lo siguiente:

"Recuérdese que la figura del funcionario ad hoc, está prevista en el artículo 30 del CCA. como garantía del principio de imparcialidad dentro de las actuaciones administrativas, y que la intervención ad hoc de personas ajenas al ejercicio de la función pública es excepcional, máxime si se trata de cargos a los que se accede por elección popular, pues el funcionario ad hoc tiene las mismas competencias, en lo correspondiente, que el reemplazado4, por ello, una vez desaparecido el fundamento de hecho de su designación, el ad hoc cesa en el ejercicio de sus funciones y la competencia retorna a quien por disposición constitucional o legal la ejerce como titular en forma permanente"

De esto, que en caso de considerarlo oportuno al tener como resultado del análisis particular por las partes interesadas contemplado la norma y la jurisprudencia sobre la materia, se podrá hacer uso de esta figura para efectos de evitar sobreponer el interés personal sobre el general.

De acuerdo con el análisis planteado, se permite concluir esta Dirección Jurídica lo siguiente:

La prohibición contemplada por el artículo 126 de la Constitución Política está dirigida para aquellos que tengan parentesco con quien ejerce la facultad nominadora en la entidad.

Aunado a lo anterior, una vez revisadas las normas que ocupan la materia de consulta con ocasión a las inhabilidades e incompatibilidades para los empleados públicos, contenidas en los artículos [122](#), [126](#), [127](#), [128](#), [129](#) de la Constitución Política; el artículo [38](#) de la Ley 1952 de 2019; así como el artículo [29](#) del Decreto 1123 de 2007 se concluye que las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el legislador en la Constitución y en la Ley que restringen el acceso al ejercicio al cargo público, por lo anterior, que no se ajusta a las situaciones objeto de la consulta.

Si bien, no existe prohibición legal en caso de ser nombrado en el cargo de en la personería deberá contemplar las normas sobre el conflicto de interés en el desarrollo de sus funciones.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Lo anterior 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. Ana María Naranjo

Revisó y Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ Corte Constitucional, Sentencia C -393 de 2019 MP: Carlos Bernal Pulido

² Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

³ Ley 1952 de 2019 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:06:29