



**Función Pública**

## Concepto 74761 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20156000074761\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000074761

Fecha: 04/05/2015 04:07:27 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- Inhabilidades para vincularse como empleado público en calidad de director de área metropolitana. RAD.- 20152060035712 del 24 de Febrero de 2015.

En atención a su escrito de la referencia, y teniendo en cuenta que esta Dirección Jurídica mediante oficio con Radicado No. 20156000058601 del 10 de Abril de 2015 le informó que se daría respuesta a su consulta dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la emisión de la citada comunicación, atentamente me permito dar respuesta a la misma, en los siguientes términos:

### PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que rige el ejercicio como director de un área metropolitana?

¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para vincularse como director de un área metropolitana en razón a que un año antes se desempeñó como miembro de junta directiva de una ONG que celebró un contrato Estatal con uno de los municipios que conforman el área metropolitana? ¿Existe algún conflicto de intereses?

¿El término impedimento es sinónimo de inhabilidad o incompatibilidad?

### FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso atender lo preceptuado Sentencia de la Corte Constitucional No. C-546 de 1993, la Ley 1625 de 2013, la Ley 734 de 2002, la Ley 1437 de 2011; así como en Sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional pertinentes a su consulta.

Inicialmente, es preciso indicar que esta Dirección Jurídica, atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional, ha sido consistente al manifestar que tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

1.- Ahora bien, en atención al primer interrogante, referente a establecer las inhabilidades e incompatibilidades del Director de un área metropolitana, es preciso señalar que una vez revisadas las normas que regulan el ejercicio del cargo en consulta, especialmente lo contemplado en la Ley 1625 de 2013, no se evidencia que tengan inhabilidades especiales en razón de su cargo, en consecuencia es pertinente manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Directores de áreas metropolitanas será el común de todo servidor público; es decir el contenido entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

2.- En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad, o si se presenta conflicto de intereses para el Director de un área metropolitana que un año antes de su designación como tal ejerció como miembro de la junta directiva de una entidad de régimen privado (ONG), y que en su momento suscribió un contrato de asesoría con un municipio que conforma el área metropolitana, me permito indicar:

Como se advirtió al inicio del presente concepto tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, al ser restricciones para el ejercicio de una función pública; así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

En ese sentido, y una vez revisadas las normas que regulan el ejercicio como Director de área metropolitana, no se advierte inhabilidad o incompatibilidad en el ejercicio de su cargo en razón a que un año antes de su designación ejerció como miembro de junta directiva de una entidad de régimen privado que contrató con un municipio que forma parte del área metropolitana.

Por otra parte, atendiendo la particular circunstancia de su consulta, es necesario revisar si un Director de área metropolitana tendría eventualmente un conflicto de interés en el caso que un año antes de su designación fue miembro de junta directiva de una entidad que se rige por el derecho privado, y que dicha entidad suscribió un contrato de asesoría con un municipio que hace parte del área metropolitana, me permito señalar que sobre ese tema, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, expone:

*“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.”

(...)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante concepto No 1572 de abril 28 de 2004 de la Sala de Consulta de Servicio Civil, preceptuó:

*“3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:*

*3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:*

*a) Existencia: Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo ( como indemnización por daños o detrimento de derechos ) o negativo ( reparación de gastos ), o de tipo enriquecedor ( como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc. ), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas ( exoneración de obligaciones, cargas, etc. ).*

*b) Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).*

*c) Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.*

*d) Titularidad. El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.*

*3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:*

*a) Calidad de congresista.*

*b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.*

*c) Proyecto de decisión de interés público.*

*d) Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.*

*3.3 Conflicto de interés. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concorra alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación*

*subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos."*

La misma Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 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" 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."*

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.

Ahora bien, respecto del conflicto de interés, la Ley 1437 de 2011, indica:

*"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:*

*(...)*

*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."*

De acuerdo con la anterior norma, en el evento que un servidor público evidencie que en el ejercicio de sus funciones se encuentra en conflicto directo entre los intereses generales que rigen la función pública y sus intereses particulares, deberá declararse impedido para conocer del respectivo asunto.

Igualmente deberá manifestar su impedimento para conocer de un asunto en particular cuando deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas en el caso que dentro del año anterior, haya actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico y que tenga interés en el asunto objeto de definición

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que el interesado deberá analizar si en el caso en particular un Director de área metropolitana en el ejercicio de sus funciones presenta conflicto de interés respecto de su participación como miembro de la junta directiva de una entidad que se rige por el derecho privado, que un año antes celebró un contrato de asesoría con un municipio que conforma el área metropolitana, de ser así el Director deberá declararse impedido para conocer del asunto en el que pueda presentarse algún tipo de conflicto, de no hacerlo (de no declararse impedido) podrá ser recusado.

3.- En atención a su tercer interrogante, referente a establecer si el término “impedimento” es sinónimo de Inhabilidad o incompatibilidad, me permito indicar:

Respecto a la diferencia entre inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2005, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló:

*“4.2 Diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad.*

Resulta oportuno, para la decisión del problema jurídico que plantea la demanda, tener en cuenta la diferencia conceptual entre las nociones de inhabilidad e incompatibilidad, y las consecuencias jurídicas que de esta distinción provienen:

La diferencia entre estos dos conceptos ha sido explicada por la Corte así:

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son *“aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos..* Las inhabilidades también han sido definidas por la Corte como *“inelegibilidades”,* es decir, como *“hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.* En esa medida, las inhabilidades se distinguen de las incompatibilidades, por cuanto estas últimas implican *“una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.* Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambas tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C-564 de 199: *“...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos”*

De acuerdo con la Corte Constitucional, las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él.

Por su parte, las incompatibilidades implican una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos.

Concluye la Corte indicando que si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambas tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables.

Ahora bien, esta Dirección Jurídica ha conceptuado que las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, es decir, imposibilitan el ejercicio de las funciones.

Las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente<sup>2</sup>

*"Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".*

La Corte Suprema de Justicia la definió como *"aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)*

*Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos..."*

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Por otra parte, esta Dirección Jurídica ha indicado que las incompatibilidades se refieren a la exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra, esa contradicción, antagonismo, cohabitación o convivencia imposible, en materia laboral se traduce en la incapacidad para ejercer un cargo, en el impedimento, prohibición o tacha legal para desempeñar al mismo tiempo dos empleos o funciones, la imposible simultaneidad para ostentar al tiempo dos calidades, o un cargo directivo y una participación en ciertas sociedades, la intervención en determinados asuntos, la gestión de asuntos ante determinados entes, la elección no permitida por la ley, la participación en subastas bajo la dependencia del mismo sujeto, la interdicción de funciones entre otras.

Las incompatibilidades solo pueden tener origen en la Constitución y la Ley, y serán solo ellas las que se apliquen con exclusión de todas aquellas que no se encuentran referidas en dichos ordenamientos, es así como cualquier otra situación por mas excluyente que sea con respecto a otra no se puede tener por incompatibilidad si no tiene la autorización jurídica referida<sup>3</sup>.

*"El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos.*

*La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo - como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla.*

*Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior."<sup>4</sup>*

Respecto de la finalidad de las incompatibilidades la Corte Constitucional<sup>5</sup> ha señalado:

*"De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o*

*propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”*

De acuerdo con lo anterior se puede colegir que las incompatibilidades se refieren a la prohibición para desempeñar al mismo tiempo dos empleos o funciones, la imposible simultaneidad para ostentar al tiempo dos calidades.

Así las cosas, es posible concluir que las inhabilidades son restricciones para ser elegido o designado en un cargo determinado; mientras que las incompatibilidades se pueden definir como las restricciones que se endilgan a quien ostenta un cargo o empleo público, ambas figuras tienen en común la restricción o el impedimento para realizar determinada acción.

Por otra parte, el impedimento es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “1.m. Obstáculo, embarazo, estorbo para algo.”; es decir que el impedimento se puede definir como una restricción para realizar una actividad, conocer de una situación o materializar un propósito.

Es decir, que así como en Sentencia C-179 de 2005, la Corte Constitucional indicó que las inhabilidades e incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambas tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables, en ese sentido podemos concluir que los impedimentos hacen parte del género de las prohibiciones, pero en distinta categoría.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup>Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

<sup>2</sup> Véase Alban Nelly Obando y Dario Correa Derecho administrativo Disciplinario Pág. 59

<sup>3</sup> Véase Alban Nelly Obando y Dario Correa Derecho administrativo Disciplinario Pág. 59

<sup>4</sup> Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996, Magistrado Ponente, doctor Hernando Herrera Vergara.

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:35:52