



Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000058451

Fecha: 09/05/2014 09:00:50 a.m.

Bogotá D. C.,

Señor

JUAN CANZINO

E-mail: juanfecanzino@gmail.com

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe algún tipo de inhabilidad para ejercer el cargo de Jefe de Planeación, cuando el cónyuge trabaja en la misma entidad? ¿Existe inhabilidad e incompatibilidad en el marco del Decreto - Ley 128 de 1976? **REMUNERACIÓN.** Reconocimiento de la Prima técnica en entidad pública. **RAD.:** 20149000048362 de 26/03/2014.

Respetado señor:

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual formula diversos interrogantes originados por la vinculación de cónyuges en una misma entidad pública, de manera atenta, me permito manifestar que esta Dirección Jurídica con el oficio con radicado No. 20146000057321 del 07/05/2014 del cual se adjunta copia, conceptuó sobre cada uno de los interrogantes por usted planteados.

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

Cordialmente,

Claudia Hernández León
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Anexo: Copia del concepto con radicado No. 20146000057321 del 07/05/2014 (5 folios).

M Mauricio Arévalo P/MLHM
600.4.8.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711, Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000057321
Fecha: 07/05/2014 12:21:25 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor
JUAN CANZINO
E-mail: juanfecanzino@gmail.com

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe algún tipo de inhabilidad para ejercer el cargo de Jefe de Planeación, cuando el cónyuge trabaja en la misma entidad? ¿Existe inhabilidad e incompatibilidad en el marco del Decreto - Ley 128 de 1976? **REMUNERACIÓN.** Reconocimiento de la Prima técnica en el Instituto Caro y Cuervo **RAD.: 20142060046712** de fecha 20 de marzo de 2014.

Respetado señor:

En atención al asunto de la referencia me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1.- En relación a la consulta de si existe inhabilidad para ejercer el cargo de Jefe de Planeación en el Instituto Caro y Cuervo, cuando su cónyuge trabaja en la misma entidad, el artículo 126 de la Constitución Política, establece:

"Los servidores públicos (los nominadores) no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos y primos) segundo de afinidad, (suegros y cuñados) primero civil, (hijos adoptivos y padres adoptantes) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. (en la de los nominadores).

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. "(Carrera Administrativa)"

(Paréntesis nuestros).

En relación con las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución, la Corte Constitucional en Sentencia C – 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló:

"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 excepcionales, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial."

De conformidad con la norma constitucional y la jurisprudencia citada se deduce, que la prohibición para el funcionario 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 este orden de ideas, en criterio de esta Dirección se considera que no se configura inhabilidad e incompatibilidad o impedimento para que dos personas que son esposos, laboren para una misma entidad del Estado, mientras ninguno de ellos tenga la relación de parentesco indicada en la norma constitucional con respecto al nominador o con el servidor público competente para intervenir en la designación.

Ahora bien, en caso de que alguno de los dos tenga la función nominadora en la institución y haya nombrado a su pariente como empleado, es importante tener en cuenta lo establecido en la Ley 734 de 2002. Por el cual se expide el Código Único Disciplinario, en el cual se señala como una de las causales de falta gravísima:

"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.
Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses." (Subrayado fuera de texto)*

2.- Frente a la consulta de si existe algún tipo de inhabilidad si el cónyuge del Jefe de Planeación es responsable de ejecutar presupuestos en proyectos y depende de los recursos que su cónyuge asigne para su proyecto de investigación desde la dirección de planeación, atentamente me permito informarle que la asignación de recursos presupuestales en las entidades estatales están sujetas al cumplimiento de las normas vigentes y los procedimientos establecidos al interior de las entidades en esta materia.

No obstante, para determinar si en el caso concreto se presenta un conflicto de interés, es importante tener en cuenta el pronunciamiento de 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, en el cual se 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

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"





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."

Igualmente, 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 Pianeta, 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 Administrativo de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas.

Asimismo, se ha señalado 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 y a sabiendas de las mismas pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que le 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 la situación de que se trate, como impedimento para tomar parte en aquélla."

De acuerdo con lo anterior, se considera que debe analizarse cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un conflicto de interés, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

3.- En relación a la consulta sobre las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en el Decreto-Ley 128 de 1976¹, atentamente me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que mediante el Decreto 1746 del 25 de junio de 2003, por el cual se determinan los objetivos y estructura orgánica del Ministerio de Cultura y se dictan otras disposiciones, se estableció la naturaleza del Instituto Caro y Cuervo, así:

"ARTÍCULO 4o. INTEGRACIÓN DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE CULTURA. El Sector Administrativo de Cultura está integrado por el Ministerio de Cultura y sus entidades adscritas y vinculadas.

Son entidades adscritas al Ministerio de Cultura las siguientes:

Establecimientos Públicos

1. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Icahn.
2. Archivo General de la Nación.
3. Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes.
4. Instituto Caro y Cuervo.

Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica

1. Museo Nacional.

¹ por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D. C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS

2. Biblioteca Nacional.
Organos de asesoría y coordinación
1. Consejo Nacional de Cultura.
2. Consejo de Monumentos Nacionales." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Artículo 23 del citado Decreto señala:

"ARTÍCULO 23. INSTITUTO CARO Y CUERVO. Adscribese al Ministerio de Cultura el Instituto Caro y Cuervo, creado por la Ley 5ª de 1942 y reorganizado por el Decreto 1993 de 1954, como un establecimiento público del orden nacional." (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, mediante la sentencia C-554 del 26 de mayo de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional afirmó:

"A. Naturaleza Jurídica del Instituto Caro y Cuervo
El Instituto Caro y Cuervo fue creado por la ley 5ª de 1942. Dicho Instituto fue reorganizado por el Decreto 1993 de 1954 y adscrito como un establecimiento público del orden Nacional al Ministerio de Cultura, a través del Decreto 1746 de 2003, artículo 23.
Así las cosas, el Instituto aludido es un Establecimiento Público del orden Nacional, adscrito al Ministerio de Cultura."

De acuerdo con lo anterior, se puede establecer que el Instituto Caro y Cuervo es un Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Cultura, y como tal, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Ahora bien, el Decreto-Ley 128 de 1976, respecto a su ámbito de aplicación establece lo siguiente:

"Artículo 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas."

(...)

"Artículo 8º.- De las inhabilidades por razón del parentesco. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada." (Subraya fuera de texto)

De conformidad con la norma trascrita anteriormente, las disposiciones contenidas en este decreto le son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, es decir le son aplicables al Instituto Caro y Cuervo.

Sin embargo, es importante precisar que de la lectura de su consulta, no se señala que alguno de los cónyuges sea miembro de la Junta Directiva de esta Institución y por lo tanto las inhabilidades e incompatibilidades del Decreto-Ley 128 de 1976 no le serían aplicables para el presente caso.

4.- Finalmente, frente al reconocimiento de las primas técnicas, me permito remitirle copia del concepto con número de radicado 20136000150721 de fecha: 01/10/2013, en el cual esta Dirección Jurídica se pronunció sobre esta materia, concluyendo lo siguiente:

"De acuerdo a lo anteriormente expuesto y desde la expedición del Decreto 1336 de 2003, que modificó los Decretos 1661 y 2164 de 1991, y deroga el Decreto 1724 de 1997, en cuanto a los niveles a los cuales se otorga la Prima Técnica por estudios y experiencia y evaluación del desempeño, solamente tienen derecho a que se les asigne y pague dicho

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia. • Teléfono: 334 4090/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

emolumento a los funcionarios de Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o a sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para su otorgamiento (Artículo 6º Decreto 1661 de 1991 y Artículo 9º Decreto 2164 de 1991).

En las entidades del Estado como en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, les corresponde a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal, determinar, por medio de resolución motivada o por acuerdo, según el caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de Prima Técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3 del Decreto ley 1661 de 1991, y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida Prima (Artículo 7º Decreto Reglamentario 2164 de 1991). La ponderación de los factores que determine el porcentaje asignable al empleado, por concepto de Prima Técnica, será establecida mediante resolución, o por acuerdo de las Juntas o de los Consejos Directivos o Superiores, según el caso (Artículo 8 Decreto 2164 de 1991)

En cuanto a la asignación de la Prima Técnica a los empleados con el cargo de Profesional, se considera que los empleos del Nivel Profesional no están contemplados en la norma como susceptibles de otorgamiento de Prima Técnica.

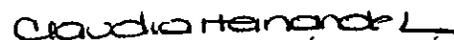
Es preciso señalar que el solo hecho de reunir las condiciones exigidas para acceder a la Prima Técnica no se genera el derecho automático de percibirla, pues su otorgamiento está condicionado a que se surtan los procedimientos previstos en el Decreto 1661 de 1991, esto es, el empleado debe solicitarla y acreditar el cumplimiento de los requisitos, y su otorgamiento está condicionado a las políticas adoptadas en la entidad, las necesidades del servicio y a la disponibilidad presupuestal con que cuente para ello."

Concretamente frente a su consulta, la Prima Técnica por estudios y experiencia y evaluación del desempeño, solamente tienen derecho a que se les asigne y pague dicho emolumento a los funcionarios de Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los asesores cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o a sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para su otorgamiento.

Igualmente es importante señalar que los empleos del Nivel Profesional no están contemplados en la norma como susceptibles de otorgamiento de Prima Técnica.

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

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

ME Ernesto Fagua – MLH / GCJ

600.4.8.

