

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-25-000-2017-00233-00 (1248-2017)
Demandante: Sindicato Nacional de Trabajadores de La Previsora S.A.
Demandado: La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Temas: Prohibiciones – Artículo 126 de la Constitución Política

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad promovido por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Previsora S.A., en adelante SINTRAPREVI, contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del CPACA,¹ SINTRAPREVI, actuando por intermedio de su representante legal, solicitó declarar la nulidad de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecieron «los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora, S. A., Compañía de Seguros», expedida por la Gerencia de Gestión Humana y Recursos Físicos de dicha entidad.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.2. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante sostuvo que el acto acusado violó los artículos 6, 13, 25, 26,

40, 122, 123 a 129, 150, 189 y 209 de la Constitución Política; 35, 37, 47, 48 y 50 del Código Civil; 85 y 102 de la Ley 489 de 1998; 4, 13, 15, 18, 23, 33, 36, 41 y 73 de la Ley 734 de 2002; 5 del Decreto 3135 de 1968; Decreto Ley 128 de 1976; y Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994.

Al desarrollar el concepto de violación, SINTRAPREVI planteó los siguientes cargos:²

i) La circular demandada contiene un efecto retroactivo, pues impone a los empleados retirarse cuando se configure una relación de parentesco «que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente titular actual de la potestad nominadora».

ii) El acto acusado conmina a los trabajadores a denunciar ante el comité de ética cualquier relación que pueda considerarse como generadora de un conflicto de intereses, con lo que se quebrantan los derechos a la intimidad y a constituir familia.

iii) La disposición demandada prevé que la omisión de denunciar los conflictos de intereses puede dar lugar a imponer sanciones disciplinarias y terminar los contratos de trabajo, pese a que ello no está estipulado en esos instrumentos, ni en la Constitución, la Ley, el reglamento interno de trabajo o las convenciones colectivas, es decir, que en forma ilegal crea faltas disciplinarias y establece nuevas causales para el retiro.

iv) Solamente el constituyente y el legislador tienen competencia para desarrollar el régimen de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, cuya aplicación es restrictiva y no admite la analogía.

² En la demanda se invocaron dos conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, radicados 20166000065601 y 20166000175971, así como las siguientes providencias: i) de la Corte Constitucional, Sentencias C-952 de 2001, C-100 de 2004, C-1172 de 2005, C-028 de 2006, C-049 de 2006 y C-230 de 2008; y ii) del Consejo de Estado, sentencia del 8 de febrero de 2011.

v) La circular enjuiciada contraviene los derechos a la participación, igualdad, trabajo, estabilidad en el empleo, desempeñar funciones y cargos públicos, conformar el poder político, libertad de escoger profesión u oficio, asociación sindical y el carácter vinculante de las convenciones colectivas.

vi) El artículo 126 de la Carta establece una prohibición para nombrar, postular o contratar con parientes y solo se predica de quien tiene potestad para nominar o celebrar contratos, por lo que no puede extenderse a otros servidores.

vii) Los servidores y contratistas de La Previsora S.A. pueden tener parientes que

también presten sus servicios a la empresa siempre y cuando ninguno de los dos tenga facultad nominadora.

1.2. Contestación de la demanda

La Previsora S.A. Compañía de Seguros, por intermedio de apoderado, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en los siguientes razonamientos:³

i) La circular demandada se limitó a reiterar el Acto Legislativo 2 de 2015, modificatorio del artículo 126 Superior, que prohibió nombrar, postular o contratar personas con las cuales se tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien se esté ligado por matrimonio o unión permanente.

ii) La Previsora S.A. es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, así como a las inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal, pues administra recursos públicos, por ende, los procesos contractuales deben atender los principios de moralidad, eficacia, razonabilidad,

³ Memorial visible en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado. La entidad invocó las siguientes providencias: i) de la Corte Constitucional, Sentencias C-429 de 1997, C-373 de 2016, C-094 de 2017 y C-029 de 2018; y ii) del Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de unificación del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-28-000-2013-00006-00.

transparencia, imparcialidad y eficiencia, en aras de promover el interés general.

iii) La referida prohibición aplica a todos los servidores públicos, incluidos los de La Previsora S.A., quienes se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales. De esta manera, la empresa está facultada para replicar el precepto constitucional en sus reglamentos internos y en las políticas institucionales.

1.3. Sentencia anticipada

Por auto del 31 de marzo de 2022, el magistrado conductor del proceso evidenció la posibilidad de emitir sentencia anticipada dentro del *sub lite*, en los términos del artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. En consecuencia, se prescindió de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 *ibidem* y se fijó el litigio en la siguiente forma:⁴

Teniendo en cuenta las pretensiones y los argumentos de la demanda, así como los de su contestación, se concluye que el objeto de la controversia que se presenta en

el caso *sub judice* recae en determinar si con la expedición de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, la Previsora, S. A, Compañía de Seguros, se extralimitó en sus competencias al establecer un régimen de incompatibilidades e inhabilidades para la contratación de familiares de sus funcionarios, o si, por el contrario, el acto enjuiciado está ajustado a derecho, al estar acorde con lo señalado en el artículo 2.º del Acto Legislativo 2 de 2015.

1.4. Alegatos de conclusión

SINTRAPREVI y La Previsora S.A. Compañía de Seguros reiteraron los argumentos expuestos en el transcurso del proceso.⁵

1.5. El Ministerio Público

⁴ Folios 255 a 259.

⁵ Memoriales visibles en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado.

La Procuraduría Segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el sentido de solicitar que se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:⁶

i) Las inhabilidades son taxativas y están expresamente consagradas en la Constitución Política o en la ley.⁷

ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 estableció una inhabilidad que recae exclusivamente en el funcionario nominador y que le impide nombrar, elegir, postular y, en general, designar a personas con quienes tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien se esté ligado por matrimonio o unión permanente.

iii) La Circular enjuiciada estableció unas inhabilidades para todos los servidores de La Previsora S.A., la cual tiene solo 2 empleados públicos a los que se les aplica el mencionado acto legislativo y los restantes son trabajadores oficiales, «es decir, que se está creando con el acto acusado inhabilidades para este segundo grupo y sus familiares».

iv) La parte accionada usurpó las facultades del Congreso de la República para crear nuevas inhabilidades e incompatibilidades y desconoció que solo el legislador puede expedir los códigos en materias disciplinaria y laboral, por ende, solo a ese órgano le corresponde determinar cuándo una falta es gravísima, grave o leve y la

sanción a imponer, así como especificar las situaciones que dan lugar a terminar los contratos de trabajo con o sin justa causa.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

⁶ Memorial visible en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado.

⁷ El Ministerio Público se apoyó en los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: i) sentencia de 8 de febrero de 2011, radicación 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI); ii) sentencia del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00; y iii) concepto 2414 de 23 de abril de 2019.

Consiste en determinar si La Previsora, S.A. Compañía de Seguros, mediante la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, reguló el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses por fuera del ámbito de sus competencias o si, por el contrario, se ajustó al artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, como lo afirmó la entidad demandada en su defensa.

2.2. Contenido de la norma acusada⁸

CIRCULAR			
ASUNTO: POLÍTICA DE CONTRATACIÓN DE FAMILIARES			
CÓDIGO: CIR-413	ÁREA EMISORA: GERENCIA DE GESTIÓN HUMANAY RECURSOS FÍSICOS	FECHA: 4/Feb/2016	
VERSIÓN: 0	CREA MODIFICA MANUAL NORMA PROCEDIMIENTO		
Documento de Uso Interno			

PARA: TODOS LOS FUNCIONARIOS

OBJETIVO: Establecer los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora S.A., Compañía de Seguros

1. ALCANCE

Esta política aplicará para todos los funcionarios de La Previsora S.A. Compañía de Seguros y el personal contratado a través de empresas de servicio temporal.

2. DEFINICIONES

Conflicto de Interés: Situación que se presenta cuando en la gestión o decisiones que debe tomar un empleado de La Previsora S.A., Compañía de Seguros, prevalece el interés propio y no el de la Compañía, logrando de esta manera que la persona o el tercero implicado obtenga una mayor ventaja y genere pérdida para la compañía.

Grados de parentesco: El parentesco es el vínculo de consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra forma de relación estable de afectividad.

a. Vínculo de consanguinidad: Dado por el vínculo de sangre.

- b. Vínculo por afinidad: Dado por el vínculo político familiar (cónyuge o compañero permanente).

⁸ Folios 216 a 217.

3. PARÁMETROS GENERALES

No podrán vincularse laboralmente, ni por medio de empresas de servicio temporal personas que tengan parentesco con funcionarios de La Previsora S.A., Compañía de Seguros, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes se tengan vínculos de matrimonio o unión permanente.

Esta política aplicará para los casos de parentesco que se lleguen a presentar a partir de la publicación de la presente Circular.

4. RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES

Funcionarios de la Compañía: Los trabajadores de La Previsora S.A., Compañía de Seguros, tienen la obligación de denunciar ante el Comité de Ética cualquier conflicto de interés que se presente con respecto a esta política, una vez entre en vigencia la misma.

Para los funcionarios que puedan verse inmersos a futuro en una situación de conflicto de interés, ejemplo, matrimonio entre trabajadores, deberán informar el conflicto ante el Comité de Ética de la compañía, para que este estudie y analice el caso.

Empresas de servicios temporales: Deberán generar los controles necesarios para que no se presenten casos de parentesco que trasgredan esta política desde el proceso mismo de vinculación del personal.

5. INCUMPLIMIENTO

La omisión de revelar el conflicto de interés en los términos enunciados en la presente política o la omisión en la verificación de la información tendiente al cumplimiento de esta política, se considera falta grave y podrá dar lugar a la imposición de medidas disciplinarias e incluso la terminación del contrato con justa causa.

2.3. Marco normativo

2.3.1. Régimen jurídico de los servidores de La Previsora S.A.

Esta corporación ha tenido oportunidad de estudiar la naturaleza de La Previsora S.A. Compañía de Seguros y ha concluido que es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado e integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con la Ley 489 de 1998.⁹

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 31 de agosto de 2021, radicado 11001-03-06-000-2021- 00092-00 (2469).

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 dispuso que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son

trabajadores oficiales; sin embargo, en sus estatutos se precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En tal sentido, el Decreto 1809 de 2017 precisó que la planta de personal de empleados públicos de La Previsora S.A. estaría integrada por el presidente y el jefe de oficina y los demás empleos serían ocupados por trabajadores oficiales.

Es oportuno recordar que las categorías de empleado público y trabajador oficial hacen parte del amplio concepto de servidor público, al tenor del artículo 123 de la Constitución Política.

En lo que atañe al *sub lite*, esta corporación ha sostenido que todos los servidores públicos son destinatarios de la ley disciplinaria,¹⁰ por lo que debe entenderse que los colaboradores de La Previsora S.A. también están sometidos «al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes».¹¹

2.3.2. Limitaciones al ejercicio de la función pública

La función pública implica el desarrollo de distintas actividades por parte de los servidores oficiales dirigidas a cumplir con sus funciones, los fines estatales y la satisfacción del interés general de la sociedad. En virtud de ello, las actuaciones deben ejecutarse atendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia,

¹⁰ «El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tiene que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado».

¹¹ Artículo 22 de la Ley 734 de 2002. Esta disposición fue replicada en el artículo 23 de la Ley 1952 de 2019.

economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 constitucional.¹²

En procura de lo anterior, el ordenamiento jurídico exige, para quienes pretendan ejercer la función pública, el cumplimiento de ciertos requisitos y competencias comportamentales que garantizan un desempeño con idoneidad y probidad, en beneficio del interés general y sin atender intereses personales o privados.¹³

Esta exigencia se materializa, entre otras formas, con la consagración de un

régimen de inhabilidades¹⁴ que, en términos generales, han sido definidas como¹⁵ «[r]estricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública».

De acuerdo con la jurisprudencia,¹⁶ se deduce que las inhabilidades i) pueden establecerse como sanción dentro de las normas que contienen la potestad sancionadora del Estado; y ii) se fijan en la Constitución y en la ley como normas de protección de principios y valores como la lealtad, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, entre otros, sin que se deriven de un proceso sancionatorio, de modo que se controle el acceso al servicio oficial.¹⁷ De lo anterior también se deriva que las inhabilidades son de carácter taxativo al estar siempre estipuladas en la Constitución o la ley.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-631 de 1996. ¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-652 de 2003. ¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 1997.

¹⁵ Al respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: i) Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de julio de 2007, radicado 11001-03-06-000-2007-00046-00 (1831); ii) Sección Primera, sentencia del 28 de septiembre de 2017, radicado 73001-23-33-006-2016-00587-01 (PI), en la cual se señaló: «Las inhabilidades corresponden a una serie de circunstancias personales establecidas por la Constitución Política o la ley que imposibilitan que un ciudadano sea nombrado en un empleo o elegido en un cargo de elección popular, cuyo propósito es garantizar la prevalencia del interés general».

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-652 de 2003.

¹⁷ Ver Sentencias C-597 de 1996 y C-708 de 2001, proferidas por la Corte Constitucional.

Bajo esta línea de intelección, las inhabilidades fijadas por el constituyente o el legislador impiden a determinados individuos ejercer la función pública, con lo que se afecta en cierto grado el derecho a la igualdad; sin embargo, estas restricciones se sustentan en la necesidad de proteger el interés general, por lo que, desde el punto de vista constitucional,¹⁸ deben ser razonables, proporcionales y de aplicación restrictiva, esto es, no pueden ser aplicadas por extensión o analogía. Esta ha sido la posición del Consejo de Estado:¹⁹

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución; es así que la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que **las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.** (...) La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las

autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, de donde como regla general se infiere que **todos los ciudadanos pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y que excepcionalmente no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la Constitución o la ley.** [...] En consecuencia las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”. (Resalta la Sala).

Por su parte, las incompatibilidades se refieren a la prohibición establecida por el constituyente o la ley para determinadas personas que posean una investidura oficial o ejerzan funciones públicas, o hayan sido funcionarios públicos, de desempeñar cargos o empleo público o privado, gestionar asuntos, celebrar contratos o ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que las incompatibilidades legales tienen «como función primordial preservar la probidad del servidor público en

¹⁸ Sentencia C-415 de 1994.

¹⁹ Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil: i) concepto del 30 de abril de 2015, radicado 11001-03-06-000-2015-00058-00 (2251); y ii) concepto del 24 de julio de 2018, radicado único: 2391.

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».²⁰

Igualmente, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, vigente para la fecha en que se expidió la circular demandada, previó que todo agente del Estado debe «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».

La anterior previsión corresponde al denominado conflicto de intereses, que ha sido definido por la Sala Plena de esta corporación «como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera

honestas de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial». ²¹

Igualmente existen prohibiciones que impiden a los servidores públicos desplegar determinadas conductas, por cuanto el constituyente o el legislador han hecho un juicio de valoración en el que encuentran que aquellas riñen con los principios rectores de la función pública y el interés general, ejemplo de ello son las

²⁰ Sentencia C-426 de 1996.

²¹ Ver las siguientes sentencias: i) del 2 de abril de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-04626-00 (PI) y ii) del 28 de noviembre de 2017, radicado 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ).

consagradas en los artículos 35 de la Ley 734 de 2002 y 126 de la Constitución, esta última disposición se desarrollará en el siguiente acápite en aras de definir el asunto que ocupa la atención de la Sala.

Así las cosas, las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibiciones buscan regular el acceso y el desempeño de la función pública con miras a la realización de los fines del Estado y el bienestar de la colectividad, ²² por lo que se han entendido como límites y restricciones legítimas al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. ²³

2.4. El caso concreto. Análisis de la Sala

En este proceso se demanda la nulidad de la Circular 413 de 2016, proferida por La Previsora S.A. en la que se determinó como política de la entidad que no podrían «vincularse laboralmente, ni por medio de empresas de servicio temporal personas que tengan parentesco con funcionarios de la Previsora S.A., Compañía de Seguros, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes se tengan vínculos de matrimonio o unión permanente».

Igualmente, se especificó que el incumplimiento de la referida directriz daría lugar a sanciones disciplinarias y a la terminación del contrato de trabajo.

SINTRAPREVI sostuvo que la circular en comento desbordó la competencia asignada a La Previsora S.A., toda vez que reguló una materia que solo puede ser desarrollada por el legislador como lo es la creación de inhabilidades, faltas disciplinarias y causales de terminación de los contratos de trabajo.

El sindicato afirmó que la medida implementada desconoce los derechos a la

intimidad, constituir familia, participación, igualdad, trabajo, estabilidad en el empleo, desempeñar funciones y cargos públicos, conformar el poder político,

²² Sentencia SU-115 de 2019.

²³ Sentencia SU-115 de 2019.

libertad de escoger profesión u oficio, asociación sindical y el carácter vinculante de las convenciones colectivas.

Dentro del término para contestar la demanda, la entidad accionada expresó que el acto acusado se limitó a replicar el contenido del Acto Legislativo 2 de 2015, modificatorio del artículo 126 de la Carta.

En orden a desatar la controversia, resulta pertinente referirse a la norma constitucional invocada por La Previsora S.A., que establece lo siguiente:

Artículo 126. 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.

[...]

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio [sic] de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ~~Miembro de la Comisión de Aforados~~,²⁴ Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

La Corte Constitucional, mediante las Sentencias C-106 de 2018 y SU-621 de 2021, analizó la anterior disposición y concluyó que contiene 3 tres prohibiciones cuyo efecto es restringir el ejercicio de funciones públicas o celebrar contratos con el Estado, a saber:

²⁴ El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2016.

- i) Prohíbe a los servidores públicos para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan cierto grado de parentesco.

ii) Prohíbe a los funcionarios oficiales nombrar o postular como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior.

iii) Prohíbe la reelección para determinados empleos o para ser elegido a un cargo de elección popular, hasta un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas en dicho artículo. Este fenómeno se ha conocido como «puerta giratoria».²⁵

Para el presente caso resultan relevantes las dos primeras prohibiciones, toda vez que La Previsora S.A. sostiene que la circular demandada se inspiró en ellas con el fin de impedir que se presenten relaciones de parentesco, matrimonio o unión permanente entre los servidores de la compañía. En torno a estas limitaciones al ejercicio de funciones públicas, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:²⁶

Una de tales excepciones está prevista en el Art. 126 de la Constitución, en virtud del cual los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, 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.

Esta disposición proscribire la práctica del llamado nepotismo por parte de los servidores públicos y prohíbe en forma general que éstos nombren en los cargos públicos, directamente o por interpuesta persona, a sus parientes, en los grados indicados, o a sus cónyuges y compañeros o compañeras permanentes.

De acuerdo con el anterior entendimiento, esta corporación ha precisado que la prohibición que tienen los servidores oficiales de nombrar, postular o contratar a

²⁵ Sentencia C-053 de 2016.

²⁶ Sentencia C-903 de 2008.

parientes, cónyuges o compañeros permanentes se encamina a materializar el ideal democrático y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado.

En efecto, tal limitante permite depurar el ingreso a la función pública y dotar de legitimidad a las autoridades e instituciones que dirigen los destinos de la sociedad, en aras de que vinculen el personal a la luz de los principios del mérito, transparencia e imparcialidad y que no se acuda a criterios como el favoritismo familiar.²⁷

En tal sentido, se ha destacado que la norma superior cumple con «el propósito de abolir prácticas nocivas y antidemocráticas como el nepotismo, el clientelismo y la concurrencia de conflictos de intereses, que facilitan la concentración de poder y sacrifican la idoneidad de quienes ingresan a la función pública».²⁸

Asimismo, el Consejo de Estado ha sido enfático en expresar que los destinatarios del artículo 126 de la Carta «son los “servidores públicos” que gozan de atribuciones de nominación o postulación».²⁹

Bajo este escenario, la Sala considera que les asiste razón al sindicato demandante y al Ministerio Público en el sentido de afirmar que el acto enjuiciado amplió la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política, toda vez que esta se predica exclusivamente del nominador, mientras que la Circular 413 de 2016 la extendió a todos los servidores de La Previsora S.A., lo que se traduce en que en la entidad no pueden trabajar personas con vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente, pese a que ninguno de los involucrados tenga la función de nombrar, postular o contratar al interior de la empresa.

En efecto, lo que proscribe la Carta es que un servidor con facultad nominadora se aproveche de tal posición para designar a familiares, a su cónyuge o compañero

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de marzo de 2019, radicado 11001-03-06-000-2018- 00236-00 (2408).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de junio de 2022, radicado 11001-03-28-000-2021-00069-00.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2021, radicado 11001-03-28-000-2021-00031-00.

permanente para que ejerzan función pública, pero de ello no puede inferirse que en una entidad no puedan trabajar personas con esa clase de vínculo cuando ninguno de ellos tiene la potestad de nombramiento, pues tal alcance no atendería al fin que tuvo el constituyente al momento de establecer la prohibición, conforme se explicó en precedencia.

Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha esgrimido lo siguiente:³⁰

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 estén ligados por matrimonio o unión permanente o tenga relación de parentesco en los grados señalados, 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.

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 o cónyuge o compañero (a) permanente, se colige que en el caso que ninguno de los parientes tenga la función nominadora dentro de la entidad, no existe inhabilidad alguna para que se vinculen como empleados en una misma entidad pública.

Esta Subsección estima que el anterior entendimiento corresponde a la lectura correcta del artículo 126 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que es congruente con la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado en el sentido de indicar que el destinatario de la prohibición allí consagrada es el servidor público con potestad nominadora.³¹

³⁰ Concepto del 10 de febrero de 2021, radicado 20216000046881. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=160483>

En similar sentido pueden consultarse los siguientes conceptos del DAFP: i) del 31 de marzo de 2016, radicado 2016600006501 (folios 163 a 164); y ii) del 23 de agosto de 2016, radicado 20166000175974 (folios 169 a 172).

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, radicado 11001- 03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00, 11001-03-28-000-2013-00008-00 [Acumulados]. En igual sentido, ver la sentencia del 15 de diciembre de 2021, radicado 11001-03-28-000-2021-00031-00.

A su vez, esta intelección resulta consecuente con el artículo 40 de la Constitución Política, que pregona el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el cual se traduce en la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos oficiales.

Como se explicó en acápites anteriores, en atención a la importancia que reviste el referido derecho en un estado democrático, existen limitaciones legítimas para ejercer empleos y funciones públicas, como los son las prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; sin embargo, estas restricciones deben estar contenidas en la Constitución o la ley, así como obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y su aplicación e interpretación debe hacerse en forma literal y restrictiva. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:³²

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que las prohibiciones, incluso si tienen rango constitucional, “son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no solo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia”³³. Asimismo, en función del principio hermenéutico *pro libertate*, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una prohibición, se debe preferir aquella que limita en menor grado el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.

[...] la aplicación de las prohibiciones y, en general, de cualquier limitación al ejercicio

de un derecho fundamental no admite analogías ni aplicaciones extensivas³⁴. Por el contrario, se deben aplicar de manera taxativa y restringida. Esto “en aras de impedir, o bien una afectación desproporcionada del derecho, o bien una contradicción que haga inocuo el mandato superior”³⁵. Para la Corte, “si es la Constitución la que opta por limitar el ejercicio del derecho a acceder a cargos públicos de una forma determinada, no le es permitido al legislador o su intérprete entrar a flexibilizar o extender tales límites”³⁶.

[...]

En conclusión, el intérprete de las normas que incluyen limitaciones o restricciones a los derechos de participación política debe hacer un ejercicio hermenéutico restrictivo. Su lectura no admite analogías o aplicaciones extensivas. En ese sentido, la exégesis de las normas que incluyen inhabilidades se debe hacer desde un sentido literal.

³² Corte Constitucional, Sentencia SU-621 de 2021.

³³ Sentencia C -147 de 1998.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Sentencias C-540 de 2001, C-311 de 2004, C-468 de 2008 y SU-566 de 2019.

³⁶ *Ibíd.*

El anterior lineamiento es expresión de los principios de favorabilidad, *pro persona* y *pro libertatis*, en virtud de los cuales la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política debe realizarse en forma que se limite en menor medida el derecho de los ciudadanos a desempeñar cargos oficiales o ejercer funciones públicas.³⁷

Por las razones antes expuestas se declarará la nulidad de la circular demandada en la medida en que amplificó la prohibición constitucional en comento y de ello derivó consecuencias disciplinarias y la culminación de los contratos de trabajo, pese a que la limitación estaba llamada a interpretarse en su tenor literal y restringido al servidor público con potestad nominadora.

Es importante aclarar que esta decisión de ninguna manera desdibuja la facultad que tiene La Previsora S.A. de aplicar a sus servidores el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses a que haya lugar, pero todo ello bajo el entendido de que lo haga al amparo de una norma de rango constitucional o legal y con respeto de la interpretación literal y restrictiva de estas limitantes al ejercicio de la función pública.

2.5. La condena en costas

En consideración a que se trata de un medio de control de nulidad, en el que se ventila un asunto de interés público, no se impondrá condena en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA.³⁸

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y en el acervo probatorio, se concluye que debe anularse la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, proferida por La Previsora S.A.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencias SU-566 de 2019 y SU-621 de 2021.

³⁸ **Artículo 188.** Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Declarar la nulidad de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecieron «los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de la Previsora, S. A., Compañía de Seguros», expedida por la Gerencia de Gestión Humana y Recursos Físicos de dicha entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. En firme esta decisión, por Secretaría de la Sección Segunda, háganse las anotaciones correspondientes y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.