



Concepto 024741 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000024741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000024741

Fecha: 17/01/2024 08:45:27 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Secretario general de asamblea departamental. Radicado No.: 20239001065862 Fecha: 2023/11/30

En atención a su comunicación, mediante la cual eleva la siguiente consulta: “¿podrá ¿Existe inhabilidad e incompatibilidad, conflicto de interés, sobre el cónyuge (a) de un Diputado, para acceder al cargo de secretario General de la Asamblea Departamental de Bolívar se realiza mediante una convocatoria Pública?” esta Dirección Jurídica se permite manifestarle lo siguiente:

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

En primer lugar, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

“las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.”

(...) “estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido.”

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.”

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución

y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

La normatividad y jurisprudencia citada nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Sobre la inquietud expuesta, me permito manifestarle lo siguiente:

En cuanto a la inhabilidad por ser pariente de un diputado activo, el artículo 49 de la Ley 617 del 2000, “*Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*”, que incluye la modificación realizada por la Ley 1296 de 2009, señala:

“ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

PARÁGRAFO 1o. *Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.*

Por otro lado, el artículo 54 de la ley Orgánica 2200 de 2022⁴ consagra:

ARTÍCULO 54. PROHIBICIONES RELATIVAS A LOS CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS DIPUTADOS. *De conformidad con lo establecido en el artículo 126 de la Constitución Política, las asambleas no podrán nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los diputados 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.*

Los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento.

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso de carrera administrativa.*

Por otro lado, el artículo 33 de la misma norma establece:

ARTÍCULO 32. SECRETARIO GENERAL. *La elección del secretario general deberá estar precedida obligatoriamente por una convocatoria pública, conforme a lo señalado en la Constitución, la presente ley y el reglamento interno. El periodo será de un (1) año, del primero (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre, reelegible. Su elección el primer año se realizará en el primer período de sesiones ordinarias, en los años siguientes se realizará en el Último periodo de sesiones ordinarias, que antecede el inicio de nuevo secretario.*

En caso de falta absoluta se realizará nueva convocatoria para la elección por el resto del periodo. El secretario presentará un informe anual a la asamblea el cual se someterá a la plenaria de la misma para su evaluación.

Recordemos que los diputados como miembros de corporaciones públicas fungen como funcionarios públicos y en tal medida debemos analizar el precepto contenido en el artículo 126 de la Constitución Política.

“ARTICULO 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.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.” (subraya fuera de texto)

(...)

Como bien podemos observar, existe una regla general que prohíbe a los funcionarios públicos y también de manera específica a la asamblea la regla general nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los diputados tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Esta regla general

contempla una clara excepción, específicamente los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso de carrera administrativa, que el artículo 126 de la Constitución Política desarrolla de mejor manera señalando que: *“Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.” (subraya fuera de texto)*

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que, aunque el cargo que asume el Secretario General de la Asamblea Departamental no es de carrera administrativa, el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política nos permite concluir que la excepción a la regla general incluye a todos los cargos que se proveen a través de un procedimiento meritocrático precedido de una convocatoria pública en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana y equidad, especialmente cuando se trata de elección de servidores a cargo de las corporaciones públicas, motivo por el cual en el caso de la elección del secretario general de la Asamblea Departamental, las inhabilidades consagradas en los artículos 126 de la Constitución, 54 de la ley Orgánica 2200 de 2022 y 49 de la Ley 617 del 2000 no impiden que el o la cónyuge de un diputado pueda ser elegido en el cargo de secretario general de la Asamblea.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que indudablemente existe un conflicto de intereses para el diputado cuyo cónyuge se ha presentado a la convocatoria para elegir al secretario general de la Asamblea Departamental, razón por la cual deberá declararse impedido para participar en el proceso de evaluación y elección final.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

2Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:17:10