



Concepto 9501 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000009501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000009501

Fecha: 13/01/2020 09:14:33 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde puede nombrar a la compañera permanente de su hermano - RAD. 20199000408332 del 16 de diciembre de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta si un alcalde puede nombrar como secretaria de gobierno a su cuñada, es decir a la cónyuge o compañera permanente de su hermano, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es preciso indicar que la Constitución Política de Colombia sobre la prohibición de los servidores públicos para contratar o nombrar a familiares, establece:

"ARTICULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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". (Subrayado fuera de texto)

Respecto a 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, preceptúa:

"En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados.

(...)

“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 párrafo 2o. demandado, resulta plenamente aplicable en el ámbito territorial ; esto significa que si tiene cabida en el orden municipal el mandato general que prohíbe a los servidores públicos estatales los nombramientos de personas cercanas por vínculos de matrimonio o de unión permanente o de parentesco en los grados que establece la Carta, necesariamente también la tendrá la totalidad de la regulación consagrada en ese sentido, es decir la relacionada con sus disposiciones exceptivas, igualmente aplicables en dicho ámbito territorial.” (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo expuesto, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, en este caso, para el alcalde, consiste en que no puede nombrar ni contratar en ejercicio de sus funciones, en la entidad que dirige, a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (como son padres, hijos, hermanos, primos, nietos, sobrinos, tíos) segundo de afinidad (cuñado, nuera, yerno), primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco puede 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.

En ese sentido, para determinar en qué grado de afinidad, se encuentra la compañera permanente de su hermano, es indispensable traer a colación lo que el código civil definió como afinidad, así:

“ARTICULO 47. <AFINIDAD LEGÍTIMA>. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.” (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo establecido en la norma transcrita, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

En ese sentido, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró que éstas son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En consecuencia, como quiera que la prohibición para el alcalde de nombrar se circunscribe hasta el segundo grado de afinidad, es decir, a su suegros, a los hijos de su cónyuge, a los abuelos y nietos de su cónyuge y a los hermanos de su cónyuge, se tiene entonces que, la compañera permanente o esposa del hermano del alcalde, no se encuentra incurso en la prohibición descrita, por cuanto aquella no tiene un grado de afinidad con el alcalde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 del Código Civil Colombiano, y por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se encuentra inhabilitada para ser nombrada como Secretaria de Gobierno.

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

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

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°:11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:09:02