



Concepto 140871 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000140871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000140871

Fecha: 07/04/2022 03:12:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Posibilidad de que madre de hijo de Diputado sea designada. RAD. 20222060131162 del 22 de marzo de 2022.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. Un contralor departamental puede nombrar en un cargo de la Contraloría Departamental a la mamá del hijo de un diputado que votó por el Contralor electo y posesionado.
2. Existe algún conflicto de interés entre el contralor y el diputado y por lo tanto puede o no puede el contralor nombrar a la mamá del hijo de un diputado a sabiendas de que no es cónyuge ni compañera permanente del diputado.
3. El contralor departamental está impedido para nombrar o existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para nombrar a la mamá de un hijo de un diputado en la Contraloría sin esta ser cónyuge o compañera permanente del diputado.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la prohibición que pesa sobre los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

ARTÍCULO 2 • El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

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.

(...)” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar 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, segundo de afinidad, primero civil 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.

Según lo indicado en su consulta, el Contralor Departamental pretende vincular a la madre del hijo de un Diputado que intervino en su elección, mediante su voto a favor, pero con la cual no existe un vínculo de matrimonio o una unión permanente. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, en sentencia emitida el 3 de julio de 2018 dentro del expediente con Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02699-01(AC), sobre la permanencia de la inhabilidad a la muerte de uno de los cónyuges, manifestó lo siguiente:

“En este orden, la Sala debe resaltar que la hermenéutica de las causales de inhabilidad que el constituyente y el legislador han fijado por razón de los vínculos de parentesco, solo pueden aplicarse cuando la relación familiar esté vigente. En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó:

“De manera que si la ventaja que objetivamente presume el legislador se deriva de un vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco, es válido que la norma exija un lazo vigente (entendido aquí como sinónimo de existente) entre el candidato y el funcionario con autoridad.

La norma no se refiere al vínculo o parentesco que dejó de existir, ni al vínculo o parentesco que se pueda generar a futuro, pues el legislador, de modo expreso, consideró que sólo un vínculo o parentesco vigente o existente es el que puede servir de causa a la ilegítima ventaja que objetivamente reprocha. En ese sentido debe interpretarse la expresión “Quien tenga”, formulada en tiempo presente, con que comienza el enunciado normativo transcrito.

Debe tratarse de una relación existente y no pasada, ni futura. Aunque el vínculo o parentesco son enlaces con vocación de permanencia, ocurre que en la vida de una persona los vínculos por matrimonio, unión permanente, o de parentesco no necesariamente tienen una vigencia que coincide con el tiempo de existencia de esa persona. Ciertamente, en la vida de una persona ciertos lazos pudieron estar vigentes sólo en una época precisa, como sucede con quienes en algún momento de su existencia establecieron un vínculo por matrimonio o unión permanente o un parentesco por afinidad, por adopción, o por consanguinidad judicialmente declarada.

De lo anterior se desprende que la vigencia o existencia del vínculo o parentesco debe tener lugar en un momento determinado. En otras palabras, la vigencia o existencia que se exige de ese vínculo o parentesco para efectos de la configuración de la inhabilidad no puede ser un hecho indefinido en el tiempo, sino que debe limitarse a una determinada época o momento específico.”¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, para que proceda la nulidad de una elección con fundamento en las causales de inhabilidad por afinidad o parentesco que ha definido el legislador, se debe demostrar la vigencia o existencia de la misma al momento señalado en la ley.

Así las cosas, esta Subsección considera que en los eventos en que ha desaparecido el vínculo que dio origen a la afinidad, no existe una justificación razonable para que aquel siga proyectando sus efectos para impedir el ejercicio del derecho fundamental a elegir y ser elegido, por cuanto ello no evidencia que la exclusión de la contienda electoral sea una medida efectiva para lograr la finalidad de la inhabilidad.

En este orden de ideas, la Sala considera que la sentencia de 12 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, no incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, desconocimiento del precedente jurisprudencial o violación directa de la constitución, pues la decisión de negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, estuvo soportada en un estudio razonable de los hechos, las pruebas, la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, lo que le permitió concluir que la señora Yecenia Iriarte Ospino no se encontraba inhabilitada en los términos del numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, para ser elegida Alcaldesa del Municipio de Arroyohondo – Bolívar, debido a que se acreditó en el trámite del proceso, que la demandada no tenía vínculo matrimonial con el señor Carlos Paternina Orozco para la fecha en que fue inscrita como candidata, el 31 de agosto de 2016, dado que la relación marital había desaparecido por el hecho jurídico de la muerte de su esposo, el 17 de julio de 2016.”

De acuerdo con el citado fallo, la vigencia o existencia que se exige de un vínculo o parentesco para efectos de la configuración de la inhabilidad no puede ser un hecho indefinido en el tiempo pues aquél debe existir al momento señalado en la ley de inhabilidad.

Según el Consejo de Estado, la norma de inhabilidad no se refiere al vínculo o parentesco que dejó de existir, ni al vínculo o parentesco que se

pueda generar a futuro, pues el legislador, de modo expreso, consideró que sólo un vínculo o parentesco vigente o existente es el que puede servir de causa a la ilegítima ventaja que objetivamente reprocha.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la madre del hijo del Diputado que intervino en la elección del Contralor Departamental, no se encuentra inhabilitada para ser nombrada en la Contraloría Departamental, pues no existe a la época de vinculación como servidora un vínculo como cónyuge o compañera permanente, por lo cual no se configura el elemento parental de la inhabilidad analizada.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": </eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

1 Consejo De Estado - Sección Quinta. Sentencia de 22 de junio de 2006. Consejero Ponente, doctor Darío Quiñones Pinilla. Expediente 08001-23-31-000-2004-01427-02(3952). Actor Federico Rodríguez Caro y otros contra Alcalde de Santo Tomás.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:12:55