



## Concepto 177201 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000177201\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000177201

Fecha: 05/05/2023 12:13:13 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Posibilidad de designar a parientes. El vínculo parental debe estar vigente. RAD. 20239000260762 del 3 de mayo de 2023.

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

Si un ordenador del gasto de una entidad pública, contrata de forma directa, dentro de su misma dependencia a la mamá de sus hijos, pero con ella el único vínculo que tiene son sus hijos, qué tipo de falta y conducta disciplinaria, fiscal y penal puede estar cometiendo. Un secretario de salud de una gobernación, contrató a la mamá de sus hijos, para el año 2020, pero el no vive con ella, la única relación que tiene son sus hijos. Qué consecuencias le puede traer jurídicamente. Puede esta persona ser inscrito como candidato a la alcaldía, teniendo en cuenta los hechos anteriores. Qué tipo de actuación disciplinaria pudo cometer.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, *“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”*, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta, con el objeto que el consultante cuente con la información necesaria para adoptar las decisiones del caso.

En relación a la prohibición de 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 [20](#) 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 ordenador del gasto pretende vincular a la madre de sus hijos, pero con la cual no existe un vínculo de matrimonio o una unión permanente. Debe aclararse inicialmente, que se efectuará el análisis bajo el supuesto que el ordenador del gasto es también el nominador de la entidad, pues es a este último a quien está dirigida la limitación contenida en el artículo 126 de la Carta.

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.”<sup>1</sup> (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.

Así las cosas, la prohibición constitucional dirigida a los nominadores para vincular personas con quienes tiene parentesco, no aplica en el caso que no exista matrimonio o una unión permanente aun cuando exista un hijo de una relación previa.

Sobre la prohibición de contratar, la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, determina en su artículo 8:

“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

(...)” (Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, el cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo.

Indica en su consulta que un Secretario de Salud de una Gobernación, contrató a la mamá de sus hijos, pero que no tiene vínculo marital o de unión permanente con ella. En este caso, la limitación contenida en el literal c) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, no puede ser aplicado si no existe un vínculo vigente con el servidor público del nivel directivo.

En cuanto a las inhabilidades para ser Alcalde, la Ley 617 de 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 en su artículo 37 dispone:

“Artículo 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

(...)” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Conforme al artículo en cita, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo de matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad (como son los padres, hijos o hermanos), primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

En este caso, ocurre lo mismo respecto a la vigencia de un vínculo, pues quien aspire al cargo de Alcalde, no podrá acceder a él si tiene un vínculo parental en las modalidades y grados establecidos en la norma. En tal virtud, si no existe un matrimonio o una unión permanente vigente, no se configura la inhabilidad.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

El nominador de una entidad pública, podrá contratar a la madre de sus hijos si con ella no se encuentra vigente un matrimonio o una unión permanente, pues la prohibición contenida en el artículo 126 de la Carta, hace relación a vínculos vigentes. Podrá suscribirse contrato con la madre de los hijos de un secretario de salud de una gobernación, si no existe un vínculo marital o de unión permanente. La madre de los hijos de un Secretario de Salud, podrá aspirar al cargo de Alcalde pues, como en los casos anteriores, no existe un vínculo marital o de unión permanente. Como se indicó en la parte inicial del concepto, este Departamento no tiene facultad para pronunciarse sobre posibles acciones disciplinarias.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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: 2024-09-30 14:30:18*