JUAN CARLOS
NOVOA

Bogotá D.C.,

Doctor
RICARDO ALEXANDER LÓPEZ RODRÍGUEZ
Coordinador Grupo Recursos y Peticiones
Servicio Nacional de Aprendizaje
E. S. D.

Asunto: Informe sobre la aplicación y vigencia de la Ley de Garantías Electorales en lo referente a las inhabilidades e impedimentos de las entidades públicas.

Estimado doctor,

A continuación, procedo a emitir el correspondiente informe conforme lo pactado en el contrato en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar que es pertinente precisar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades si bien resulta diverso, también lo es que se encuentra debidamente reglado tanto en la Ley como en la jurisprudencia, como se pasa a explicar:

En primer lugar, es necesario precisar que las inhabilidades e incompatibilidades son aquellas situaciones objetivas o subjetivas que comportan una prohibición legal a determinadas personas y se subyasen en la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio o para contratar con el Estado.

Dicha figura ha sido analizada ampliamente por la jurisprudencia, señalando que *"Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"* (Sentencias C-380-97, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M. P. Jaime Araújo Rentería *)*

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia[1]la ha definido así:

> *Es aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros".*
>
> *Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.*
>
> *Así las cosas, las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc.*
>
> *Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.*[2]
>
> *"Las Inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.*[3]

A su turno, en torno al tema de las inhabilidades e incompatibilidades, el Departamento Administrativo de la Función Pública en **Concepto 147941 de 2016** expresó:

" (…)

[1] Sentencia de fecha 09 de junio de 1988 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz
[2] Corte Constitucional en la Sentencia No. C-546 de 1993, de noviembre 25, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
[3] Corte Constitucional Sentencia C- 329 de julio 27 de 1995

Conforme lo anterior, las inhabilidades 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, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley".

Conforme a la definición anterior, podemos afirmar que las inhabilidades que ha establecido el legislador tienen como finalidad garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas y representan a su vez una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función, materializándose el cumplimiento de los principios de la función administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, destacando entonces que las mismas tienen el carácter de personales y no institucionales.

En relación con este punto, la Corte Constitucional ha precisado[4]:

> *Es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público y en particular a la administración de justicia, el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales.*
>
> *Se pretende pues, que en los servidores públicos concurran los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado.*

Sin embargo, dada la naturaleza de las inhabilidades, su carácter excepcional, así como las consecuencias de su infracción en el derecho disciplinario, la jurisprudencia ha sido pacífica y reiterativa en señalar que su interpretación debe ser *restrictiva* y no en sentido amplio. Lo anterior en función del principio hermenéutico *pro libertate*[5]. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado[6]:

> *No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las*

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara
[5] Tradúzcase a favor de la libertad
[6] Sentencia C-147/98. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).

> *inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico* ***pro libertate****, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.*

Así las cosas, tenemos que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se aplica respecto de las personas y no de las entidades, situación que igual ocurre con los conflictos de interés y las causales de impedimento y recusación, dado que se aplican respecto de los funcionarios como sujetos y no respecto de las entidades.

Efectuada la anterior precisión es pertinente señalar que la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías Electorales, respecto a las entidades y sus funcionarios no contempla un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos para las entidades públicas o sus funcionarios, sino una serie de prohibiciones y restricciones a los servidores públicos, las cuales se detallan a continuación:

En primer lugar la norma establece una suspensión de cualquier forma de vinculación a la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público así:

> *ARTÍCULO 32. VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.*
>
> *PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos.*

Frente a esta disposición me permito remitir para mayor claridad la Circular Conjunta 100-006 de 2021 expedida Presidencia de la Republica[7], en el cual se imparten instrucciones frente a la vinculación de la nómina estatal.

Así mismo, en el artículo 33 se estableció la prohibición por la modalidad de contratación pública así:

---

[7] https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=173606

ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> ***Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.***

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Dicha restricción debe ser analizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, en su numeral 4º norma que señala, los contratos que pueden celebrarse por la causal de contratación directa y que entrarian dentro de la correspondiente restricción:

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(…)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

<Ver Notas del Editor> Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con

participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

<Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;*

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) <Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

k) <Literal adicionado por el artículo 82 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

l) <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

m) <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por· el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

n) <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.

Así mismo, también se entienden comprendidos dentro de esta prohibición los contratos y/o convenios regulados en el Decreto Autónomo Constitucional 092 de 2017, en los casos en los cuales, se puedan celebrar por la causal de contratación directa.

Así mismo, la norma establece la siguientes prohibiciones a los servidores públicos:

ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.

2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. <Ver modificación temporal Notas de Vigencia> Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el

transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Por lo tanto, durante el periodo en el que se encuentren vigentes dichas restricciones, los funcionarios deben evitar incurrir en dichas restricciones y prohibiciones, dado que podrían hacerse acreedores a las sanciones disciplinarias que establece la ley.

En los anteriores términos dejo presentado mi concepto,

JUAN CARLOS NOVOA BUENDIA
C.C. No 13.742.384
T.P. 120.378 del C.S.J.