



Función Pública

Concepto 16361 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000016361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000016361

Fecha: 03/02/2014 11:43:51 a.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Dos hermanos pueden inscribirse para las elecciones del Alcaldía y Gobernación en el mismo departamento? VARIOS. Restricciones frente a la vinculación en nómina en vigencia de la Ley de Garantías. Rad. 20149000009322 del 17 de enero de 2014

En atención al oficio de la referencia, me permito manifestar lo siguiente:

1.- Con respecto a la inquietud sobre si dos hermanos pueden inscribirse para las elecciones del Alcaldía y Gobernación en el mismo departamento, me permito señalar lo siguiente:

La Constitución y la ley no contemplan como inhabilidad el que dos parientes aspiren de manera simultánea a ser elegidos Gobernador y Alcalde de municipio en la jurisdicción del departamento al que el primero aspira, incluso por el mismo partido.

El Consejo Nacional Electoral realizó el análisis de un caso como el que usted plantea en concepto emitido el 25 de enero de 2007, con radicado No. 3766, en el cual concluyó:

“La Constitución Política de Colombia en su artículo 303 inciso 2º difiere a la Ley el tema de las Inhabilidades para aspirar al cargo de Gobernador, es así como la Ley 617 de 2000, en su artículo 30 regula la materia; para el caso de los alcaldes el tema lo trata el artículo 37 de la citada, modificadorio del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

Disposiciones que en ninguno de sus apartes contemplan como inhabilidad para ser inscritos y elegidos como Gobernadores o Alcaldes las relaciones de matrimonio o de parentesco entre quienes aspiren, ya sea por un mismo partido político o por diferentes colectividades, en elecciones que deban llevarse a cabo en la misma fecha o por periodos que coincidan en el tiempo.

No obstante, el inciso segundo del artículo 304 Constitucional, es claro al señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los

gobernadores “no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República”, situación que debe llevarnos a considerar cual es el régimen de inhabilidades para ocupar esta dignidad, lo que nos lleva a consultar el artículo 197 de la Carta, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2004.

Disposición que en su inciso 2º señala que “no podrá ser elegido Presidente de la República... quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1º, 4º y 7º del artículo 179”, los cuales no contemplan esta inhabilidad para el caso de Presidente, por lo que la misma no es extensible para el caso de gobernadores.

Inhabilidad que la Constitución y la ley si consagran para los aspirantes a cuerpos colegiados, como el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, pero que no son extensibles analógicamente a los cargos uninominales de elección popular como los que nos ocupan, como quiera, que en lo atinente a la aplicabilidad e interpretación de las inhabilidades, la jurisprudencia ha reiterado que son taxativas y deben interpretarse de manera restrictiva¹.

Cosa distinta, son las posibles incompatibilidades que puedan surgir si ambos resultaren elegidos, situación que sin embargo no afecta el derecho fundamental a ser elegido, por lo que no es competente esta Corporación para pronunciarse al respecto.”

2.- Con respecto a las restricciones en la nómina de las entidades en vigencia de la ley de Garantías Electorales, le manifiesto lo siguiente:

La Ley 996 de 2005 consagró lo siguiente:

“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. 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. 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”. (Subrayado fuera de texto)

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

Parágrafo.

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

“c. Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal

El artículo 32 indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a

nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

-

(...) para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

-

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

(...)

-

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

-

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.

(...)

“...Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera”. (Subrayado fuera de texto)

Acerca de la aplicación de las restricciones relativas a plantas de personal y a los empleos de la administración municipal, la Corte Constitucional, en sentencia [C-1153](#) de 2005, precisó que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal de que trata el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

De otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto Número: [1.839](#) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, sobre la prohibición de modificar la nómina en época preelectoral, afirmó:

“En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.”

Como puede observarse, los destinatarios del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 son las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En virtud de esta norma se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso.

Es decir, tratándose de campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones a la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

De otra parte, el párrafo del artículo 38 en mención adiciona unas prohibiciones dirigidas específicamente a “los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital” y demás autoridades del ente territorial respectivo, que rigen durante “los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones”.

Es decir, los sujetos o destinatarios de las prohibiciones del inciso cuarto del Párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 son las entidades territoriales, esto es, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, y demás autoridades del ente respectivo, quienes, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

De acuerdo con las expresiones empleadas por el legislador, las prohibiciones consagradas en el párrafo del artículo 38 aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular, incluyendo las Presidenciales, las de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes. Es decir, las restricciones para las entidades territoriales inician cuatro (4) meses antes a la celebración de las elecciones del Congreso de la República que se celebrarán en el mes de marzo de 2014.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Entre otras, Sentencia C-147 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia del 3 de agosto de 2006, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M. P. Camilo Arciniegas Andrade, Expediente 2005-00727-01

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:00:00