



Función Pública

Concepto 152701 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000152701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000152701

Fecha: 30/04/2021 03:18:44 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para que quien ejerció el cargo de alcalde mediante designación en encargo del gobernador se posesione en un empleo de la gobernación. Radicado: 2021-206-021165-2 del 29 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita aclaración al concepto de radicado número 20216000138221 del 21 de abril de 2021, al considerar que para dar respuesta a su consulta debe tenerse en cuenta que el gobernador realizó una delegación de funciones en un empleado público y no un encargo como se estudió en el concepto referido, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- Respecto de la delegación de funciones la Ley 489 de 1998, establece:

“ARTÍCULO 9.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.

PARÁGRAFO. - Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.”

De conformidad con lo previsto en la normativa transcrita, las autoridades administrativas podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de sus funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Así las cosas, solamente se pueden delegar aquellas funciones que se encuentren a cargo del respectivo empleado, sin que se considere procedente efectuar delegación de funciones que no se encuentren a su cargo.

En ese sentido, y como quiera que de conformidad con lo previsto en el artículo 305 de la Constitución Política los gobernadores no tienen dentro de sus funciones el ejercicio del empleo de alcalde, no es procedente que delegue funciones que no se encuentran a su cargo.

En consecuencia, en caso de vacancia definitiva del empleo de alcalde por nulidad de la elección del titular del cargo, no es procedente que el gobernador acuda a la delegación de funciones.

2.- En relación con la provisión de cargo de alcalde por vacancia definitiva del empleo, la Constitución Política determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.”

Por su parte, la Ley 1475 de 2011, *“Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”* dispone:

“ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.

(...)

PARÁGRAFO 3. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado en la Ley 1475 de 2011, el gobernador, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal que origina la vacancia absoluta del cargo de un alcalde, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición.

Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

3.- Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia SU.1720 del 12 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, señaló:

En la sentencia, la Corte declaró la inexecutable de los artículos demandados. Además, por unidad normativa, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 51 y 52 de la Ley 241 de 1995, en los cuales se enunciaban los casos en los cuales la vacancia absoluta de una alcaldía sería llenada por nombramiento del gobernador o del Presidente. De igual forma, condicionó el alcance del artículo 280 de la Ley 4ª de 1913, que señala que “siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha para el resto del período en curso”, porque aunque podía “constituir una regla general razonable en los casos de períodos institucionales”, era inconstitucional e inaplicable “a aquellos casos en que, conforme a la Constitución, se trata de un período subjetivo, tal y como sucede en el caso de los alcaldes”.

En dicha ocasión, esta Corporación sostuvo que la interpretación armónica de los artículos 260 y 314 de la C.P., permitía deducir claramente que la Constitución le reservó a la voluntad popular la elección de la primera autoridad local, para un período de tres años. Asimismo, señaló que esta regla era la que había regido las decisiones anteriores de la Corte sobre esta materia y que ella era aplicable a todas las situaciones en las que se presentaran vacantes en los cargos de gobernador o alcalde. Al respecto, la sentencia expresa:

<< “14- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que en todos los casos de vacancia absoluta, los alcaldes deben ser elegidos por voto popular, no sólo como consecuencia de las claras reglas establecidas por los artículos 260 y 365 de la Carta sino también como lógica expresión de la soberanía popular y la democracia participativa, principios constitutivos de nuestro ordenamiento constitucional (CP arts 1º y 3º). El Legislador desconoció entonces el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan y a gobernarse por autoridades propias (C.P. art. 287 inciso 1º). Además, al otorgar al Presidente de la República o a los gobernadores la facultad de nombrar en propiedad a la primera autoridad municipal, la norma legal establece una sujeción jerárquica de los alcaldes al ejecutivo central, que no está autorizada en nuestro ordenamiento constitucional y que vulnera el contenido esencial de las autonomías de las entidades territoriales (CP art. 1º).>>

En el fallo se reconoce que el artículo 293 de la Carta defiere al legislador la regulación de la fecha de posesión y de las faltas absolutas y temporales, así como de la forma de llenar las vacantes de quienes resulten elegidos para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Sin embargo, se precisa que esa regulación legal debe efectuarse de acuerdo con la Constitución, como bien lo expresa el mismo artículo, y que, por lo tanto, “no puede la ley alterar el origen de los alcaldes, que es por elección popular, ni su período, que es de tres años”.

(...)

La lectura anterior permite deducir que los puntos centrales de la jurisprudencia son los siguientes:

(...)

b) Cuando hay vacancia absoluta se procede a nueva elección y principia nuevamente a contarse el período,

c) Las razones principales para convocar a nuevas elecciones en el caso de los alcaldes, cuando se presenta la vacancia absoluta, se fundamenta especialmente en el principio democrático, en la soberanía popular, en la elección directa,

d) Se reservó a la voluntad popular la elección del alcalde por un período de tres años, luego éste es un derecho de los ciudadanos, agregándose que el alcalde es elegido para que durante ese período cumpla con el programa que sometido a la consideración de los electores.

(...)

En conclusión, la Corte Constitucional ha establecido que al producirse vacancia absoluta del cargo de alcalde, el principio democrático dispone, según la Constitución, que los ciudadanos elijan en forma directa, entre otros funcionarios a los alcaldes; se persigue en esta materia el ejercicio del pueblo a elegir a sus gobernantes y que el pueblo lo haga con la plenitud de las consecuencias, lo cual incluye la de que, al producirse la manifestación de la voluntad popular en las urnas, quien resulte elegido disponga de la totalidad de las atribuciones y del período que la constitución asigna al cargo, según lo señala el artículo 314 C.P. y lo estableció la sentencia de la Corte Constitucional SU-640 de 1998.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, en caso de una falta absoluta de un alcalde (electo, en el caso presente), son los ciudadanos quienes deben elegir al nuevo alcalde, siempre y cuando el período faltante a partir de la vacancia absoluta, sea de más de 18 meses de la terminación del período. En caso que el término sea inferior, el alcalde podrá ser designado por el gobernador.

Para el caso concreto, el período faltante corresponde a más de 18 meses de la terminación del período, razón por la cual, se deberá realizar una nueva elección. No obstante, y con el objeto de evitar la parálisis del servicio público, el gobernador podrá efectuar el encargo respectivo mientras se lleva a cabo el nuevo proceso de elección para el cargo de alcalde.

4.- Respecto a la figura del encargo, el Decreto 1083 de 2015, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.9.7 Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.”

De acuerdo con lo anterior, se efectúa un encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Con base en los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos, esta Dirección Jurídica considera que, superando la falta absoluta del alcalde los 18 meses, se debe realizar una nueva elección popular, conforme lo determina la Constitución. No obstante, mientras se efectúa el proceso de elección y con el objeto de garantizar la prestación del servicio, es viable que el Gobernador designe en encargo a un empleado para que asuma el cargo de alcalde, mientras se realiza la nueva elección por parte de los ciudadanos. El encargado podrá realizar las actividades propias del empalme.

5.- Ahora bien, tal y como se indicó a usted mediante el concepto de radicado número 20216000138221 del 21 de abril de 2021, las inhabilidades e incompatibilidades 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Se reitera la conclusión del concepto emitido a su nombre, en el que se indica que, una vez revisadas las normas que determinan las inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes, principalmente las contenidas en la Ley 136 de 1994 y los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000, no se evidencia incompatibilidad alguna para que quien finaliza la designación en encargo como alcalde municipal, se posesione en un empleo público de la gobernación respectiva.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:57:54