



**Función Pública**

## Concepto 139031 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000139031\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000139031

Fecha: 21/04/2021 07:25:06 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad en elecciones atípicas. Elemento temporal. RAD. 20212060177102 del 6 de abril de 2021.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-AJ-2021-0323 del 5 de abril del 2021, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual consulta:

- 1) Informar si aparte del Artículo 95 de la ley 136 de 1994 y sus reformas, existe otra norma que establezca inhabilidades para ser alcalde.
- 2) Informar si existen normas o reglas de juego diferentes para elecciones atípicas y ordinarias, en caso positivo, en qué consisten estas diferencias.
- 3) Informar, determinar o establecer si en el presente caso, el período inhabilitante de un (1) año se contabiliza desde la nueva fecha de elección prevista para finales de mayo de 2021, hacia atrás, o desde el pasado 27 de octubre de 2019 hacia atrás.
- 4) Informar si por haber ejercido como secretario de gobierno de Cauca desde el 26 de noviembre de 2018 hasta el 2 de enero de 2020, se encuentra inhabilitado para inscribirse y ser elegido alcalde municipal de Cauca en los comicios electorales previstas para finales de mayo o junio de 2021.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000<sup>1</sup> expresa:

“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:

1. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...)"

De acuerdo con los Artículos citados, y para el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad consagrada en el numeral 2°, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

1. Que haya laborado como empleado público.
2. Que como empleado haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.
3. Dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.
4. O que como empleado público (nacional, departamental o municipal), haya intervenido como ordenador del gasto en ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse en el municipio.

Indica en su consulta que quien aspira al cargo de alcalde viene ejerciendo el empleo de Secretario de Despacho y, en tal virtud se configura el primer elemento, pues quien desempeña este cargo tiene la calidad de empleado público. En cuanto a si el desempeño de este empleo implica ejercicio de autoridad, se debe acudir a las definiciones contenidas en la ley 136 de 1994:

"ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este Artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de

departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Como se aprecia, de acuerdo con las definiciones legales, los secretarios de las alcaldías ejercen autoridad política y administrativa. Se configura así el tercer elemento de la inhabilidad.

En cuanto al elemento temporal, si el aspirante a ser elegido alcalde, ejerce este empleo (secretario de despacho) dentro de los 12 meses anteriores a la elección, se configura la inhabilidad.

Ahora bien, respecto a las inhabilidades aplicables a las elecciones atípicas para la elección de un alcalde municipal, debe entenderse que el elemento temporal de la inhabilidad en estudio corresponde a 12 meses antes de la elección, sean las ordinarias o las elecciones atípicas.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en auto emitido el 2 de agosto de 2018 dentro del expediente con Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00394-01 en el cual la parte afirmaba que las inhabilidades aplicables a las elecciones atípicas de un alcalde deben contabilizarse desde la fecha de las elecciones ordinarias y no desde la fecha de elección atípica, efectuó el siguiente análisis:

#### "4.2.1 Elemento temporal en la inhabilidad objeto de estudio

Para el recurrente, en el caso concreto el elemento temporal de la prohibición no debe computarse desde el día en el que se celebraron las elecciones atípicas para Alcaldía de Cartagena -6 de mayo de 2018- sino desde el día en el que se llevaron a cabo los comicios para autoridades territoriales en todo el país -25 de octubre de 2015- tal y como se hace en el caso de los llamamientos, toda vez que no existe certeza respecto de la fecha en la que las autoridades convocarán a elecciones atípicas.

La hermenéutica propuesta por la parte demandada no es de recibo para la Sala Electoral por las siguientes razones:

(I) De acuerdo con el tenor literal de la prohibición objeto de estudio, el elemento temporal de la inhabilidad está determinado por el día de la elección, sin que la norma establezca alguna excepción a esa regla. En consecuencia, como al interpretar el régimen de inhabilidades no está permitido crear excepciones o condicionamientos no es posible avalar el razonamiento propuesto por la parte recurrente.

Lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que a través de la interpretación sugerida lo que se busca es introducir a la prohibición un elemento que no fue previsto por la ley, con el propósito de favorecer los intereses particulares del demandado, lo cual no es posible ya que *"Por tratarse de una limitación al derecho fundamental de acceso y permanencia en la función pública, corresponde al Constituyente o al legislador, en los casos expresamente autorizados por aquel, definir los elementos temporales y materiales que configuran las causales de inhabilidad, este asunto no puede quedar a disposición del intérprete porque su restricción tiene en la cláusula de reserva legislativa su principal límite."*<sup>21</sup>

(II) En consecuencia con lo anterior, porque el régimen de inhabilidades es objetivo<sup>22</sup>, razón por la que no es posible variar los elementos que conforman la prohibición atendiendo a las particularidades del caso concreto o a las circunstancias únicas de las elecciones atípicas.

(III) El sub examine no tiene ningún punto de contacto con las situaciones que derivan en un llamamiento. En efecto, este solo procede cuando se genera una vacante absoluta en una corporación pública y se llama al siguiente de la lista, quien además participó como candidato en los comicios. Por el contrario, las elecciones atípicas se presentan para proveer las vacantes absolutas de los cargos populares uninominales, cuando aquella se registra faltando 18 meses o más para la culminación del periodo constitucional.

(IV) Finalmente, porque la hermenéutica propuesta por el demandado analiza la óptica desde la perspectiva del elegido y no del electorado; y por ello va en contra de la sentencia de unificación del 7 de junio de 2016 en el que se coligió que las inhabilidades deben analizarse desde la perspectiva del principio pro electoratem, o favor del elector y no exclusivamente a favor del elegido.

En este orden de ideas, es claro que, a diferencia del llamamiento en el que el llamado participó en las elecciones dentro del calendario electoral, lo que justifica que el elemento temporal de las inhabilidades sea el mismo que se llevó a cabo la elección inicial, en las elecciones atípicas los candidatos que se presentan son totalmente nuevos, de forma que les corresponde garantizar que no se encuentran incursos en las causales de inhabilidad previstas para el cargo al cual aspiran, pues la jornada electoral comienza desde cero.

Bajo este panorama, no cabe duda de que el argumento de la parte recurrente en este sentido no está llamado a prosperar y, por ende, debe concluirse que el elemento temporal de la inhabilidad objeto de estudio está dado por el día en el que se llevó a cabo la elección atípica para elegir alcalde de Cartagena, esto es el 6 de mayo de 2018.

En otras palabras, el periodo inhabilitante estaba comprendido entre el 6 de mayo de 2017 y el 6 de mayo del año en curso.” (Se subraya).

Del citado pronunciamiento se pueden extractar las siguientes premisas:

- El elemento temporal de la inhabilidad está determinado por el día de la elección, pues la norma no estableció alguna excepción a esta regla.
- No es posible variar los elementos que conforman la prohibición atendiendo a las particularidades del caso concreto o a las circunstancias únicas de las elecciones atípicas.
- El llamamiento que se realiza en el evento de una vacante absoluta en una corporación pública (como los concejos municipales, por ejemplo) y se llama al siguiente de la lista, es diferente a la realizada para la elección atípica de alcalde, pues el llamado participó como candidato en los comicios ordinarios. En cambio, las elecciones atípicas se presentan para proveer las vacantes absolutas de los cargos populares uninominales, cuando aquella se registra faltando 18 meses o más para la culminación del periodo constitucional y por la cual se realiza una nueva votación de electorado.
- Las inhabilidades deben analizarse desde la perspectiva del principio *pro electoratem*, o favor del elector y no exclusivamente a favor del elegido.

En cuanto a otras inhabilidades aplicables a los alcaldes municipales, debe señalarse que las indicadas en el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994 son específicas para el acceso a este cargo. No obstante, a quien desempeña este empleo le son aplicables las prohibiciones e inhabilidades generales que aplican a todos los servidores públicos, como las contenidas en los Artículos 126 (prohibición de designar parientes), 127 (prohibición de contratar con el Estado) y 128 (prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de dos erogaciones del tesoro público) de la Carta y las contenidas en el Artículo 38<sup>2</sup> de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario.

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

1) Como se indicó en el cuerpo del concepto, a los alcaldes municipales les son aplicables las inhabilidades generales previstas en la

Constitución y en la Ley 734 de 2002.

2) Las inhabilidades previstas en el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994 son aplicables a quienes aspiran a ser elegidos en elecciones atípicas de alcalde municipal y el elemento temporal debe ser contemplado desde la fecha de elección atípica.

3) De acuerdo con lo indicado en el numeral precedente, el período inhabilitante de un (1) año se contabiliza desde la nueva fecha de elección prevista para finales de mayo de 2021, hacia atrás.

4) Quien haya ejercido el cargo de secretario de gobierno desde el 26 de noviembre de 2018 hasta el 2 de enero de 2020, no se encuentra inhabilitado para inscribirse y ser elegido alcalde municipal en los comicios electorales previstos para finales de mayo o junio de 2021 por cuanto el retiro del servicio se produjo antes de los 12 meses anteriores a la elección y, por tanto, no se configura el elemento temporal de la inhabilidad.

En caso 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": <http://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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.

2. "ARTÍCULO 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. Numeral declarado.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. -

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo, ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público."

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:52:26*