



Función Pública

Concepto 134921 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000134921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000134921

Fecha: 19/04/2021 04:21:00 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Alcalde - Elecciones atípicas - RADICACIÓN: 20212060177882 del 7 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual consulta:

1. *“Una persona que fue elegida en octubre 27 del año 2019, para ocupar el cargo de alcalde municipal, le fue anulada el acto administrativo de elección por parte de la jurisdicción administrativa como consecuencia de haberse inscrito incurso en causales de inhabilidad.*

- *Pregunta: Podría postularse nuevamente para ser candidato a las elecciones atípicas de ese mismo periodo institucional, las cuales se celebrarían en el año 2021.*

- *Una persona que trabajó como secretario de gobierno durante el año 2019 y hasta el 3 de enero del año 2020.*

- *Pregunta: Puede participar en el mismo municipio como candidato a la alcaldía a unas elecciones atípicas, correspondientes a las elecciones celebradas en octubre de 2019 para completar el periodo institucional 2020-2023.*

2. *Una persona que participó en una campaña como candidato a la alcaldía de un municipio en el periodo 2020-2023, avalado por un grupo significativo de ciudadanos y coavales de partidos políticos, y no ganó la elección.*

- *Pregunta: Podría inscribirse como candidato para las elecciones atípicas correspondientes a ese mismo periodo, con el aval que se inscribió en las elecciones ordinarias celebradas el 17 de octubre del año 2019, las cuales se celebrarían en el año 2021.*

- *Pregunta: cuál sería el trámite a seguir para inscribirse en las elecciones atípicas, en caso de poderse inscribir con el mismo aval de Grupos Significativo de ciudadanos, con el que se inscribió en las elecciones ordinarias para el mismo periodo electoral.”*

Al respecto, me permito iniciar indicando que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no funge como ente de control, no le corresponde la valoración de los casos particulares y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos, para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos o para decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad; estas últimas competencias están atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Para responder la Sección 1° de su comunicación, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1.- Reelección de alcaldes.

Respecto de la reelección de los alcaldes municipales, 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.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, los alcaldes no podrán ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente. En el caso 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.

2.- Inhabilidades para ser elegido alcalde.

Respecto de las inhabilidades para aspirar a ser elegido alcalde, el numeral 2) del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, señala que no podrá postularse para ser elegido en el cargo de alcalde 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.

Debe tenerse en cuenta que las inhabilidades estipuladas en el Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, deberán tenerse en cuenta aun en el caso que se trata de elecciones atípicas, en razón a que el Legislador no hizo excepciones a la regla.

3.- Incompatibilidades de los alcaldes.

“ARTÍCULO 38.- Incompatibilidades de los alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

- 1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.*
- 2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.*
- 3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*
- 4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.*
- 5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.*
- 6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*
- 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.*

ARTÍCULO 39.- Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1º y 4º, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

Parágrafo- Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales. (Subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, se deduce que, entre otras, quien fuese elegido alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el que fue elegido.

Una vez analizada la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, radicada con el número [11001-03-28-000-2015-00051-00](#) y radicado interno 2015-00051 del 7 de junio de 2016, a través de la cual se unifican los siguientes aspectos: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los Artículos [31.7](#) y [32](#) y [38.7](#) y [39](#) de la Ley [617](#) de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos, y mediante la cual se declaró la nulidad electoral de la señora Oneida Pinto como Gobernadora de la Guajira, es posible colegir lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el Consejo de Estado, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

De acuerdo con la sentencia, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, para aspirar a otro cargo de elección popular, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los Artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, en virtud de los principios de transparencia, igualdad y la legitimidad democrática, en donde el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

En este sentido es enfático el Consejo de Estado en señalar que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado, no obstante, la renuncia no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

Dispuso este alto tribunal, que el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido no puede fundamentarse exclusivamente de los derechos del elegido y su real protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar.

Así las cosas, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado no resulta procedente que un Alcalde o un Gobernador aspire a ser inscrito como candidato a otro cargo de elección popular mientras termina su periodo institucional, aun cuando presente renuncia a su empleo en cualquier tiempo, toda vez que el interés general plasmado en la elección del electorado para desarrollar un plan de gobierno por un periodo de tiempo determinado hoy en día cuatro años, no puede superar el interés particular de una persona que busca otras dignidades de igual o mayor jerarquía, en menoscabo de la igualdad en la contienda electoral.

De lo señalado se puede colegir que la prohibición se encamina a que cargos uninominales de elección popular que han presentado un programa de gobierno en su aspiración política, específicamente el cargo de alcalde o gobernador, en el caso de renuncia no podrán inscribirse como candidatos a otros cargos de elección popular hasta tanto finalice las incompatibilidades de ley, y en el caso de renuncia al cargo hasta que finalice el período Constitucional para el cual fueron elegidos.

Ahora bien, de acuerdo con su escrito, se trata de la eventual inhabilidad para que quien fue elegido alcalde y posteriormente se le declaró la nulidad de su elección por haber incurrido en una causal de nulidad.

Por lo anterior, se hace necesario determinar los efectos de la declaratoria de nulidad electoral de la elección de un alcalde, con el fin de determinar si con esta se terminan las inhabilidades asociadas al cargo, o si éstas perduran.

4.- Nulidad Electoral.

En relación la nulidad electoral, la Ley 1437 de 2011 determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 139. Nulidad electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en

qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.”

De acuerdo con lo anterior, la ley contempla la acción de nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden.

No obstante, como se puede advertir, el Legislador no determinó los efectos de la acción en el tiempo, por lo tanto, se considera procedente acudir a los pronunciamientos de las altas cortes frente al tema.

5.- Pronunciamientos del Consejo de Estado.

En relación con los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad electoral, el Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia 00025 de 2017, con ponencia de la Magistrada Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, efectuó un recuento histórico de las Sentencias emitidas en materia de nulidad electoral, concluyendo que, en su mayoría, los efectos de estas acciones fueron ex tunc; es decir, sus efectos se retrotraen en el tiempo, dicho en otros términos, la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto desde el mismo momento de su celebración, y; por consiguiente, es como si nunca hubiese sido elegido en el cargo.

No obstante, en algunas oportunidades, el mismo Consejo de Estado ha emitido sentencias con efectos contrarios; es decir, con efectos ex nunc, lo que deriva que la nulidad se predica hacia el futuro, una vez en firme la sentencia que declara la nulidad.

Concluye el Consejo de Estado, señalando que, el vacío legislativo en relación con los efectos de las declaraciones de nulidad de los actos administrativos, ha sido suplido por la Jurisprudencia en el entendido que estos son retroactivos, sin que por ello puedan obviarse ciertas menciones esporádicas a tesis contrarias.

En este orden de ideas, se considera que con el fin de determinar si la sentencia de nulidad del alcalde objeto de consulta fue ordenada *ex tunc*, esto es, desde el momento de la elección o *ex nunc*, es decir, desde el momento del fallo que declara la nulidad, el interesado deberá verificar los alcances del fallo.

En ese sentido, en el caso que la sentencia de nulidad haya cobrado efectos desde el momento mismo de la elección como alcalde, quiere decir que, jurídicamente ello nunca ocurrió y por ende no le serán aplicables las prohibiciones del Artículo 314 de la Constitución Política en relación con la prohibición de reelección de alcaldes, pues se reitera, en el caso planteado, nunca ocurrió. La misma suerte conlleva la inhabilidad prevista en el numeral 2)² del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000; así como las incompatibilidades del Artículo 38 y lo previsto en el Artículo 39 ibidem.

De otra parte, en el caso que una vez revisada por par parte del interesado la sentencia que declaró la nulidad del alcalde municipal, se evidencie que surte efectos a partir de la sentencia (*ex nunc*), deriva en que las inhabilidades que han sido objeto de estudio en el presente escrito, cobran plena validez, entre ellas, la prohibición contenida en el Artículo 314 de la CP, lo previsto en el Artículos 37, 38 y 39 de la Ley 617 de 2000.

El anterior análisis es propio de quien se encuentre interesado en el caso.

6.- Conclusión.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su escrito, se considera que en el caso de ser declarada nula la elección de un alcalde por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con efectos retroactivos; es decir, desde el momento de su elección (ex tunc) deriva en que se afecta la validez del acto de elección y, por consiguiente, se debe entender que jurídicamente ello nunca ocurrió y por ende no le serán aplicables las prohibiciones del Artículo 314 de la Constitución Política, la inhabilidad prevista en el numeral 2) del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000; así como las incompatibilidades del Artículo 38 y lo previsto en el Artículo 39 ibidem.

Lo anterior, dejaría como materia de estudio y reflexión las inhabilidades previstas en el Artículo 37 de la citada Ley 617 de 2000 para ser elegido alcalde, aun en el caso que se trate de elecciones atípicas. Es decir, le corresponderá al interesado verificar si incurrió o no en estas inhabilidades.

De otra parte, en el caso que una vez revisada por parte del interesado la sentencia que declaró la nulidad del alcalde municipal, se evidencie que surte efectos a partir de la sentencia (ex nunc), deriva en que las inhabilidades que han sido objeto de estudio en el presente escrito, cobran plena validez, entre ellas, la prohibición contenida en el Artículo 314 de la CP, lo previsto en el Artículos 37, 38 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Dicho análisis es propio de quien se encuentre interesado en el caso.

Ahora bien, en atención a la Sección 2° de su escrito, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un secretario de despacho se postule para ser elegido en el cargo de alcalde del respectivo municipio en elecciones atípicas, dicho cargo fue desempeñado durante el año 2019 y hasta el 3 de enero del año 2020, me permito indicar lo siguiente:

Respecto a las inhabilidades para ser elegido alcalde municipal se recuerda que, el numeral 2) del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, establece que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital “...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.”

En cuanto a los empleos que ejercen autoridad civil, política y administrativa, el Artículo 189 de la Ley 136 de 1994³ señala:

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. (Destacado nuestro)

De acuerdo a los anteriores Artículos de la ley [136](#) de 1994 se tiene entonces que, los secretarios de la alcaldía ejercen autoridad política y dirección administrativa.

De acuerdo con lo expuesto, se considera procedente concluir lo siguiente al segundo interrogante:

1. Conforme con el Artículo [37](#) de la Ley [617](#) de 2000, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido alcalde municipal 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
2. De acuerdo con los Artículos [189](#) y [190](#) de la Ley [136](#) de 1994, los secretarios de despacho ejercen autoridad política y administrativa.
3. Así las cosas, un secretario de despacho para no encontrarse inmerso en algún tipo de inhabilidad e incompatibilidad, necesariamente deberá renunciar a su cargo doce (12) meses antes a la fecha de la elección, aun en el caso de elecciones atípicas, por cuanto la inhabilidad se aplica a quien ejerza autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, y como se mencionó anteriormente, un secretario de despacho ejerce autoridad política y administrativa.

Por último, con relación a la sección No. 3 de su consulta, me permito informarle que de acuerdo a lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre temas relacionados con posibles inhabilidades de partidos políticos.

En ese sentido, en virtud del Artículo [121](#) de la Constitución Política, el Artículo [21](#) de la ley [1437](#) de 2011 y en concordancia con lo señalado en el Decreto [2893](#) de 2011⁴, esta Dirección Jurídica advierte que la entidad competente para pronunciarse sobre inhabilidades de partidos políticos es la Dirección para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior.

En consecuencia, la sección No. 3 de su consulta, se remitió con el radicado 20216000129631 del 14 de abril a dicho Ministerio para que, en cumplimiento de sus funciones, dé respuesta de fondo a su petición.

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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. (...) 2. 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.
3. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
4. Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:01