



Función Pública

Concepto 212971 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000212971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000212971

Fecha: 21/06/2021 03:52:46 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDAD - Personero - Suspensión Provisional - RADICACIÓN: 20219000457992 del 1 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, ¿mediante la cual pone de presente que “en Sogamoso- Boyacá? *el consejo de estado declaro [sic] la suspensión provisional de la personera municipal de la ciudad, debido al curso de una demanda de nulidad electoral, motivo por el cual el delegado quien cumple las calidades asumió el empleo. En este sentido la pregunta es: ¿la personera titular puede ejercer otro cargo público mientras se resuelve el proceso de nulidad electoral? ¿el acto de elección pierde efectos ante la suspensión? ¿Puede la personera suspendida contratar con entidades públicas mientras se surte el proceso y se resuelve el proceso de nulidad electoral?*”, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar 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 le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida 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. Al respecto, según la información suministrada en la consulta, entiende esta Dirección que la autoridad judicial ordenó la suspensión provisional del acto administrativo que designó al personero municipal.

Las medidas cautelares, “..., son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”²

Sobre el tema, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - 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.

(...).”

ARTÍCULO 230. *Contenido y alcance de las medidas cautelares.* Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)” (Se subraya)

Conforme al texto legal citado, dentro de un medio de control de Nulidad Electoral, se puede solicitar la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. Dentro del mismo, es posible solicitar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

Al respecto, la Sección Cuarta del Consejo De Estado con Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenas mediante sentencia del 15 de diciembre de 2016³, señaló:

El Artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. En concordancia con la norma constitucional citada, el Artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el Artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. (Destacado fuera del texto)

La Sección Quinta de la misma Corporación con consejero ponente: Luis Alberto Álvarez Parra, señaló en sentencia del 16 de diciembre 2020⁴, dispuso:

Así mismo, aunque este presupuesto, coincide con el análisis del fondo de la litis, debe precisarse que, por tratarse de una medida provisional, producto de un juicio preliminar, no tiene carácter definitivo, pues, de conformidad con el Artículo 235 ibidem, existe la posibilidad de modificar o revocar la medida y aún de dictar un fallo desestimatorio de las pretensiones, caso en el cual, la medida debe levantarse. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a las anteriores sentencias, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial. Para tal efecto, el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La medida provisional no tiene un carácter definitivo, pues, de conformidad con el Artículo 235⁵ del CPACA, existe la posibilidad de modificar o revocarla.

Ahora bien, al revisar jurisprudencia relacionada con el caso de su consulta, se encontró que mediante providencia del 20 de mayo de 2021⁶, La

Sección Quinta del Consejo de Estado, con Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra, resolvió el recurso de apelación interpuesto por el señor Leonidas Laverde Hurtado, en calidad de demandante, contra la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá de negar la suspensión provisional de los efectos de la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera del municipio de Sogamoso, adoptada mediante auto del 14 de octubre de 2020. Al respecto, el alto Tribunal, señaló:

1.1. Solicitud de suspensión provisional

En acápite inserto en la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 024 del 10 de febrero de 2020, por medio de la cual el Concejo Municipal de Sogamoso designó a la señora Cardona Corredor como personera de dicho ente territorial, con base en una serie de presuntas irregularidades que, para fines metodológicos, se clasifican en tres grupos de análisis, según se refieren a: (i) la celebración del contrato administrativo de prestación de servicios No. 019 del 25 de junio de 2019 con la Federación Nacional de Concejos-FENACON y CREAMOS TALENTOS; (ii) la idoneidad de tales contratistas; y (iii) el trámite del concurso a través de sus distintas etapas, de conformidad con la Resolución No. 062 del 10 de octubre de 2019.

(...)

2. Problema jurídico

La Sala se dispone a resolver si se debe revocar, confirmar o modificar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el auto del 14 de octubre de 2021, mediante el cual se negó la suspensión provisional de los efectos de la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera municipal de Sogamoso- Boyacá, en tanto ésta satisface o no los requisitos previstos en el Artículo 229 y ss. del CPACA en concordancia con el Artículo 238 superior, aplicables al proceso electoral por remisión expresa del Artículo 296 *ejusdem*. Para tal efecto, de conformidad con los cargos de la apelación, se deberá determinar si, tal como concluyó el *a quo*, se configura actualmente el fenómeno de la carencia actual de objeto respecto de la medida cautelar deprecada en consideración a si la Resolución No. 024 de 2020 se encuentra o no desplegando sus efectos jurídicos y los motivos de hecho y derecho en que fue sustentada en la demanda.(...)

3. La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.

El Artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, establece una fórmula innominada para la adopción de medidas cautelares, clasificándolas en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, admitiendo en esta tipología cualquier clase de medida que el juez encuentre necesaria para garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia e impedir que el ejercicio del medio de control respectivo pierda su finalidad.

En este amplio catálogo, se contempló en el Artículo 230, numeral 3º⁷, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como herencia del anterior estatuto, esto es, el Decreto 01 de 1984, el cual dedicaba el título XVII a regular esta figura, como la única cautela posible. Así las cosas, al coexistir en la actualidad, diferentes modalidades de medidas cautelares, concurren también distintos presupuestos para ordenarlas, teniendo siempre presente que la interpretación de los requisitos procesales para su procedencia, debe hacerse a la luz de garantía de la tutela judicial efectiva, que parte de reconocer que no solo las personas tienen derecho de acudir a los órganos judiciales para formular su demanda, sino que el objeto del litigio se le proteja desde el inicio, a fin de asegurar la justicia material.

Según el Artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretenda la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, el actor debe cumplir los requisitos señalados en el inciso primero de dicha norma que dispone:

ART. 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)

De esta manera, en la actualidad, según el Artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, el juez administrativo está habilitado para confrontar el acto demandado y las normas invocadas como transgredidas, a partir de la ley y la jurisprudencia y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, lo que significa hacer un análisis profundo, detallado y razonado, para verificar si se vulnera el ordenamiento jurídico, sin perder de vista que, en todo caso, se trata de una decisión provisional, que no implica prejuzgamiento, según las voces del Artículo 229 *ibidem*⁸. Así

mismo, aunque este presupuesto, puede coincidir con el examen del fondo de la *litis*, debe precisarse que, por tratarse de un juicio preliminar, no tiene un carácter definitivo, pues, de conformidad con el Artículo 235 del mismo estatuto procesal, existe la posibilidad de modificar o revocar la medida y aún de dictar un fallo desestimatorio de las pretensiones. (...)

4. Caso concreto

El señor Leonidas Laverde Hurtado, obrando en nombre propio, como demandante dentro de este proceso, impugnó la decisión del a quo de negar, por carencia actual de objeto, la medida cautelar deprecada contra la Resolución No. 024 de 2020, teniendo en cuenta que para entonces ese acto no se encontraba produciendo sus efectos jurídicos, en virtud de lo dispuesto por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso en el auto del 12 de febrero del mismo año, que decretó la suspensión provisional de la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera de dicho municipio y de los actos de ejecución expedidos para su cumplimiento, a saber, las Resoluciones No. 029 y 030 del 28 y 29 de febrero de 2020, respectivamente del Concejo municipal

(...)

4.1. Sobre la presunta falta de idoneidad de los contratistas

4.2.

(...)

El segundo conjunto de reproches invocados contra la legalidad del acto de elección *sub judice* está dirigido a demostrar que los contratistas no ostentan las calidades señaladas en el inciso segundo del Artículo 2.2.27.1 del Decreto 1830 de 2015 para brindar asesoría profesional a la duma municipal en la realización del concurso de méritos para elegir al personero de Sogamoso, por no tratarse de: «*universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas*» o «*entidades especializadas en procesos de selección de personal*», de acuerdo con su naturaleza jurídica, actividad económica y objeto social. Como sustento de lo anterior, citó el Concepto No. 20156000089191 del 20 de enero de 2015 del Departamento Administrativo de la Función Pública y el auto del 8 de noviembre de 2019 del Juzgado 10 Oral Administrativo de Bucaramanga, que suspendió provisionalmente la elección del personero de ese municipio, en cuanto ambos concluyen que FENACON no cumple con los requisitos para adelantar tales procedimientos eleccionarios.

(...)

Así las cosas, está demostrado en sede de medida cautelar que la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera del municipio de Sogamoso- Boyacá, contenida en la Resolución No. 024 de 2020, se encuentra viciada -en principio- por el desconocimiento del inciso segundo del Artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 por parte del Concejo de dicho ente territorial, norma en la que debía fundarse para realizar el procedimiento eleccionario a través de terceros, en la medida en que fija las calidades que debe satisfacer quien brinde la asesoría especializada para tal efecto, esto es, tratarse de: «*universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal*», condiciones que no se cumplen por parte de FENACON ni de CREAMOS TALENTOS.

4.3. Sobre las presuntas irregularidades en el desarrollo del presente concurso de méritos

(...)

En suma, la Sala advierte que de los tres grupos de inconsistencias alegadas como sustento de la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 024 de 2020, se encuentran demostradas preliminarmente las referidas a la falta de idoneidad de FENACON y CREAMOS TALENTOS para brindar asesoría profesional al Concejo Municipal de Sogamoso para efectuar el concurso de méritos *sub examine*, de conformidad con el Artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, las pruebas allegadas y la jurisprudencia vigente al respecto, por lo que hay lugar a revocar parcialmente el auto del 14 de octubre de 2020 y, en su lugar, decretar la medida cautelar deprecada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades

constitucionales y legales,

II. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral OCTAVO del auto del 14 de octubre de 2021, en el que el Tribunal Administrativo de Boyacá resolvió negar la medida cautelar solicitada por el demandante. En su lugar, DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera municipal de Sogamoso- Boyacá (...)” (Negrilla y subrayas fuera del texto)

De acuerdo a la providencia anterior se tiene entonces que, el accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 024 del 10 de febrero de 2020, por medio de la cual el Concejo Municipal de Sogamoso designó a la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera de Sogamoso.

Señala el Consejo de Estado que en cuanto a la adopción de medidas cautelares, como en el caso examinado, se trata de una decisión provisional, que no implica prejuzgamiento, por tratarse de un juicio preliminar, no tiene un carácter definitivo, pues, de conformidad con el Artículo 235 del mismo estatuto procesal, existe la posibilidad de modificar o revocar la medida y aún de dictar un fallo desestimatorio de las pretensiones.

Sobre los cargos fundados, encontró demostrado el alto tribunal en sede de medida cautelar que *“la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera del municipio de Sogamoso- Boyacá, contenida en la Resolución No. 024 de 2020, se encuentra viciada -en principio- por el desconocimiento del inciso segundo del Artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 por parte del Concejo de dicho ente territorial, norma en la que debía fundarse para realizar el procedimiento eleccionario a través de terceros, en la medida en que fija las calidades que debe satisfacer quien brinde la asesoría especializada para tal efecto, esto es, tratarse de: «universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal», condiciones que no se cumplen por parte de FENACON ni de CREAMOS TALENTOS.”* (Destacado nuestro)

En consecuencia, ordena REVOCAR el numeral 8° del auto del 14 de octubre de 2021, en el que el Tribunal Administrativo de Boyacá resolvió negar la medida cautelar solicitada por el demandante, y en su lugar, DECRETA la suspensión provisional de los efectos de la elección de la señora Edhy Alexandra Cardona Corredor como personera municipal de Sogamoso- Boyacá.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio, el personero elegido se encontraba ya ejerciendo su cargo y como consecuencia de la decisión judicial, se suspende provisionalmente el efecto del acto administrativo de designación. Debe entenderse entonces, que el acto de nombramiento deja de tener efectos mientras la autoridad judicial no decida lo contrario y, el efecto del nombramiento es su vinculación a la entidad que, por ende, se entiende suspendida.

En otras palabras, el acto de designación no tiene transitoriamente efectos en virtud de decisión judicial como medida cautelar, esto significa que por el término de duración de esta medida la persona no está vinculada a la entidad, en este caso, la personería. Sin embargo, sigue ostentando la condición de servidor público, ya que la medida es provisional. Si la medida es levantada, el acto empezará a regir nuevamente.

Con base en los argumentos expuestos, durante la vigencia de la medida, su nombramiento no surte efectos por este período, pero, se reitera, sigue ostentando el cargo de servidor público.

Ahora bien, la Constitución Política sobre las inhabilidades para desempeñar dos cargos públicos o celebrar contratos, dispuso:

ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

(...)

ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “*por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, consagra:

“ARTICULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos. (...)” (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, existe prohibición constitucional para que un servidor público celebre contrato por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales, o desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Así las cosas, para el presente caso, aunque a la personera se le suspendió provisionalmente el acto administrativo de su nombramiento, ésta aún conserva la calidad de servidora pública, y por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica mientras dura la suspensión de dicho acto, no podrá celebrar contrato con otra entidad pública u ocupar más de un empleo público.

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. Corte Constitucional, Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
3. Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00034-00(22518) Actor: Iliana Cubillos Del Rio Demandado: Direccion De Impuestos Y Aduanas Nacionales - DIAN

4. Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00089-00 Radicado: 11001-03-28-000-2020-00089-00 Actor: Daniel Fernando Eslava Ríos

5. *ARTÍCULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.*

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales.

6. Referencia: NULIDAD ELECTORAL / Radicación No.: 15001-23-33-000-2020-01934-01 / Demandante: Leonidas Laverde Hurtado / Demandado: Edhy Alexandra Cardona Corredor - Personera De Sogamoso- Boyacá

7. Ley 1437 de 2011. "Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)"

8. Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066).

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:36