



Concepto 21527 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000215271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000215271

Fecha: 18/06/2021 09:48:22 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Alcalde - Secretario de Despacho - Alcalde encargado - RADICACIÓN: 20212060468162 del 9 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia remitida a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual indica que, desde el 1 de enero del 2020, se desempeña en el cargo de Secretario de Despacho de un municipio de sexta categoría del departamento de Cundinamarca, que no tiene delegada la función de ordenador del gasto, pero sí realiza la supervisión y otras actuaciones contractuales, administrativas y de dirección, que de conformidad con la Ley 136 de 1994 ejerce autoridad política y administrativa en la jurisdicción, y ha sido alcalde encargado por un término no superior a 15 días hasta la fecha. Por lo anterior, consulta: “¿Si deseo inscribir mi candidatura como Alcalde Municipal para las elecciones regionales a desarrollarse el 28 de octubre del año 2023, hasta que fecha puedo seguir ostentando el cargo de Secretario de Despacho en el municipio, para no incurrir en una causal de inhabilidad?, adicionalmente, deseo saber ¿Al ejercer el cargo de Alcalde Municipal por encargo bien sea por vacaciones o permiso del titular, este factor me inhabilita en alguna medida para los escrutinios del 2023, de conformidad a mi aspiración a dicho cargo?”, 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, Con relación a las inhabilidades para aspirar a ser elegido alcalde, la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” establece:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el Artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(…)

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". (Destacado fuera de texto).

Conforme al Artículo transcrito, puede inferirse 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 este orden de ideas, para la inhabilidad en comento es necesario analizar dos aspectos: en primer lugar, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y en segundo lugar que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito.

Ahora bien, los conceptos de autoridad se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", de la siguiente manera:

"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 negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo señalado, un secretario de despacho ejerce autoridad administrativa en el nivel municipal o departamental, según sea el caso.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que en su calidad de Secretario de Despacho ejerció autoridad administrativa en el mismo municipio en el cual desea postularse como alcalde, conforme lo establece el Artículo 190 de la Ley 136 de 1994, y por lo tanto, deberá presentar renuncia a su cargo por lo menos doce (12) meses antes de la fecha fijada para las elecciones a la alcaldía, con el fin de no incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, ya que según la norma, la fecha que debe tener en cuenta para no inhabilitarse, es doce (12) meses antes de la elección.

Por otra parte, respecto a la figura del encargo, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto con Radicación 1219 de 1999, señaló:

“Régimen funcional y de responsabilidad de los alcaldes titulares y designados.

El alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro, salvo lo ya establecido sobre la revocatoria del mandato que no es procedente en este caso.” (Destacado nuestro)

La misma Corporación, mediante providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, del año 2009, estableció:

“Frente a los requisitos que requiere la persona que se ha designado para asumir el cargo de alcalde encargado, esta Corporación ha sostenido:

“El alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro, salvo lo ya establecido sobre la revocatoria del mandato que no es procedente en este caso.

Pero también respecto del alcalde designado operan las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, así como las causales de suspensión y destitución previstas para el alcalde elegido popularmente.”

De manera que si con el encargo la persona designada asume o ejerce las funciones de un empleo diferente respecto de aquél para el cual fue nombrado inicialmente y si tratándose del evento en el cual se designa un alcalde encargado, lo cierto es que este último asume todas las funciones, derechos, obligaciones y responsabilidades y se le aplican las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, etc., de conformidad con el Artículo 122 constitucional, por lo cual resulta claro que el alcalde encargado requiere de la posesión en dicho empleo, puesto que se trata de una persona que si bien puede encontrarse vinculada al municipio respectivo y posesionada en determinado cargo, lo cierto es que la norma en comento, de manera precisa, especifica que tal solemnidad –acto de posesión– no se requiere únicamente para los eventos en que se pretenda el ingreso al ente oficial, sino para todos los casos –por que la norma no distingue– en los cuales se quiera ejercer un cargo público y dado que el encargado asume las funciones propias del alcalde, para ejercerlas necesariamente requiere del acto de posesión. Sin duda, tal solemnidad, según lo explicado, es la forma a través de la cual se logra comprometer el comportamiento del funcionario que pretende desempeñar las funciones de alcalde, a los mandatos de la Constitución y de la ley. (Destacado nuestro)

De conformidad con los pronunciamientos anteriormente expuestos, es viable concluir que con el encargo la persona designada asume o ejerce las funciones de un empleo diferente respecto de aquél para el cual fue nombrado inicialmente y asume todas las funciones, derechos, obligaciones, responsabilidades, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones del titular.

Ahora bien, se hace necesario revisar las incompatibilidades de los alcaldes, para lo cual la Ley 617 de 2000 dispone:

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

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente Artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c) y d) del Artículo 46 de la Ley 136 de 1994.”

“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. (...)” (Destacado nuestro)*

De acuerdo con las normas citadas, se colige que los alcaldes y quienes los reemplacen en el ejercicio del cargo, no podrán inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido. Dicha incompatibilidad se extiende a 24 meses en la respectiva circunscripción.

No obstante, es importante tener en cuenta que luego de un derrotero jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado² expedido para dilucidar el alcance de esta disposición, a partir del 14 de julio de 2011 el término de la incompatibilidad de quienes hubieren desempeñado el cargo de alcalde establecido en los Artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000, comprende los 12 meses posteriores a la fecha de la inscripción y no los 24 meses a la fecha de inscripción, en virtud de la modificación efectuada por el Artículo 29 de la ley 1475 de 2011; inciso que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

En efecto, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-625 de 2015 no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera el Consejo de Estado, en la que se determinó que el extremo temporal final de la incompatibilidad para los “gobernadores” en este caso, era el de la inscripción, sino que además avaló dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que “quien habiendo ejercido como gobernador, se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.”; precisando así que el extremo temporal final de la prohibición evidentemente lo materializaba la fecha de la inscripción y no de la elección.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, emitió sentencia de unificación con Radicación: 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, así:

1) Los alcaldes y gobernadores no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

2) El elemento temporal de la incompatibilidad del alcalde o gobernador para inscribirse a otro cargo de elección popular que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000 fue reducido a 12 meses por el Artículo 29 de la Ley 1475 de 2011

3) Para contabilizar la incompatibilidad hay dos extremos temporales distintos: uno inicial que se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde (por renuncia o finalización del periodo) y otro extremo final que se refiere a la fecha de la nueva inscripción del candidato.

4) A manera de ejemplo, si entre la renuncia o finalización del periodo (extremo temporal inicial) y la inscripción a otro cargo de elección popular (extremo temporal final) transcurren más de doce (12) meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los Artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

Ahora bien, en lo que respecta al encargo, es importante reiterar que de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos también se configuran cuando se desempeñan a título de encargo.

Así las cosas, la incompatibilidad señalada en el numeral 7º del Artículo 38 de la Ley 617 de 2000 también se circunscribe para la persona que ha sido encargada del cargo de alcalde municipal. Es decir que, un alcalde encargado no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma comprensión territorial dentro de los 12 meses siguientes a la dejación del cargo de alcalde.

En consecuencia, deberá el consultante contar un año después del vencimiento del periodo del encargo, para determinar la finalización de la incompatibilidad.

En todo caso, el empleado público que ejerza jurisdicción o autoridad en los términos inicialmente descritos, deberá presentar la renuncia a su cargo antes de los 12 que preceden la elección que se celebrará el 27 de octubre de 2019, atendiendo a la inhabilidad descrita en el numeral 2 del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

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. Como las sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera Radicado No. 54001233100020120002701; Corte Constitucional Sentencia SU-515 de 2013 M.P Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional Sentencia SU- 625 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:57:11