



Función Pública

Concepto 314221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000314221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000314221

Fecha: 26/08/2021 11:49:53 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ex - alcalde. Radicado: 20212060535972 del 22 de julio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Consejo Nacional Electoral, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva la siguiente pregunta:

“¿El alcalde que ejerció su mandato en el periodo institucional 2016-2019 está o no está inhabilitado para presentarse a las elecciones atípicas a celebrar en el 2021?” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio.

Conforme lo anterior, las inhabilidades 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, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En este sentido, ahora nos pronunciaremos respecto a las incompatibilidades existentes para que un ex alcalde pueda presentarse a las elecciones atípicas:

La Constitución Política de Colombia reglamenta la calidad del alcalde y su periodo constitucional, en su Artículo 314, consagra:

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. (...)

En los términos de la Corte Constitucional en sentencia C-267 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, explica las razones por las cuales se prohíbe la reelección:

La prohibición de la reelección se presenta como una técnica de control del poder que, excepcionalmente, la Constitución contempla respecto de ciertos cargos públicos ubicados en el vértice de algunos órganos de las ramas del poder público y que se explica, en cada caso, por las especiales funciones que se les adscribe y la trascendencia política o jurídica asociada a los mismos. Se advierte acerca de la excepcionalidad, pues, la regla general en una democracia participativa como es la Colombiana, postula la condición de ciudadano en ejercicio como requisito suficiente para intervenir en la conformación, desempeño y control del poder político y, en consecuencia, elegir y ser elegido.

La Ley 617 de 2000³ con relación a las incompatibilidades de los alcaldes para aspirar a otros cargos de elección popular, dispone:

ARTICULO 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.

(...)

ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. <Artículo condicionalmente exequible> Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, 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 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

(...)

De acuerdo con las disposiciones anteriormente transcritas, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 24 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

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, señala:

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.

(...)

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

Este inciso de la Ley 1475 de 2011, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, dispuso:

La Corte declarará la exequibilidad del Artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaría objeto de revisión, en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del Artículo 179 de la Constitución Política

(...) el término de comparación que prescribe el inciso final del citado parágrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

De acuerdo con la Corte Constitucional, esta interpretación se hizo con el fin de no vaciar la competencia que tiene el legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales, al tiempo de impedir que, a futuro, este inciso se aduzca para que el órgano de representación popular pueda formular o estructurar inhabilidades o incompatibilidades diversas a las que se contemplaron para los congresistas.

Ahora bien, la sentencia de constitucionalidad no dilucidó cual era el alcance de su condicionamiento, lo que derivó en que el Consejo de Estado se produjera diversas posturas al respecto.

En ese sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta en sentencia del 21 de febrero de 2013. Expediente: [2012-00025](#), dispuso:

Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad que incorporan como elemento constitutivo “el tiempo”, quedaron modificadas en ese aspecto y ahora se configuran cuando la circunstancia respectiva (aspecto propio de la causal) se verifica en el término aludido en el numeral 2º del Artículo 179 de la Carta, es decir, doce (12) meses (aspecto común de las diferentes causales de inhabilidad para congresistas y servidores públicos de elección popular del orden territorial) y esa modificación afectó el proceso electoral de 2011, porque se dio antes de que se cumpliera la jornada electoral.

De acuerdo con lo señalado en esta sentencia del Consejo de Estado, el efecto de la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades de los demás servidores públicos -distintos de los congresistas- aplicaba a todas las causales inhabilitantes en relación con su elemento temporal, de forma tal que a partir de la entrada en vigencia de esa ley aquel aspecto se materializaba -según cada caso- dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de las elecciones.

Esta misma corporación en sentencia del 7 de marzo de 2013 proferida dentro del radicado núm. 540012331000201200027-01 de la Sección Primera, expuso:

Al constatar que el ejercicio del cargo como Gobernadora Encargada se efectuó el 28 de septiembre del año 2010 y la inscripción como candidata a la Asamblea Departamental del Norte de Santander acaeció el 29 de julio del 2011, resulta forzoso concluir que la conducta prohibitiva se materializó incluso en un término inferior a los doce (12) meses estipulados constitucionalmente para los congresistas, por lo que se constata que, en efecto, la Diputada incurrió en la incompatibilidad que en los términos del numeral 7º del Artículo 31 y Artículo 32 de la Ley 617 del 2000 (...)

De conformidad con la Sección Primera del Consejo de Estado, el extremo temporal final de la prohibición contemplada en el numeral 7º del Artículo 31 de la Ley 617 de 2000 y en el Artículo 32 de la misma norma; de un lado, se redujo de 24 a 12 meses con ocasión de la Ley 1475 de 2011 y la Sentencia C-490 del mismo año, y, de otro, la prohibición se cuenta hasta la inscripción y no hasta la elección.

Ahora bien, en este derrotero de jurisprudencia, la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-515 del 1º de agosto de 2013, tuvo oportunidad de aplicar, mediante sentencia de unificación, el antecedente de la Sentencia C-490 de 2011 anteriormente citada, a un caso concreto, en la cual señaló:

En el presente caso a la peticionaria le fue decretada la pérdida de su investidura como Diputada en razón a haber ejercido las funciones de Gobernadora del Huila el 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata (08 de agosto de 2007) y 22 meses y 20 días antes de las elecciones (28 de octubre del mismo año). Recuérdese que para la época en que se dictó la sentencia estaba vigente una inhabilidad para quienes hubieran desempeñado el cargo en mención que se extendía por 24 meses.

Sin embargo, las normas que soportaron esa sanción (Artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000) fueron modificadas por la Ley 1475 de 2011. A su vez, esta disposición, puntualmente el párrafo 3º del Artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieran desempeñado el cargo de Gobernador se redujo y ahora solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de elección. En otras palabras, dentro de la regulación del régimen político imputable a los Departamentos, el legislador decidió variar las condiciones bajo las cuales se garantiza el proceso democrático, así como el ejercicio digno y objetivo de los cargos de elección popular.

De esa manera, al día de hoy la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade, esto es, haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes a la inscripción como candidata a la Asamblea, no está prohibida ni puede ser reprochada y, por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura. Como consecuencia, la Sala concluye que la base de la sanción proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011 ya que desde la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad sólo comprende los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Esto constituye una circunstancia que impide que el fallo se siga ejecutando; de otra forma, ello implicaría el desconocimiento del principio de favorabilidad, específicamente el derecho del sancionado a la aplicación de la retroactividad de la ley más benigna respecto de la inhabilidad permanente que en su momento generó la sentencia de pérdida de su investidura.

De acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, a partir del 14 de julio de 2011 el término máximo de incompatibilidad que corresponde a quienes hubieran desempeñado el cargo de Gobernador, establecido en los Artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000, comprende los 12 meses anteriores a la fecha de la elección 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.

Una persona presentó acción de tutela por considerar, entre otros, que la providencia de la Sección Primera vulneró sus derechos fundamentales. El juez de tutela negó el amparo solicitado y la providencia no fue recurrida. Para la solución del caso concreto sometido a revisión de la Corte, aquella se refirió a las incompatibilidades que se traducen en inhabilidades y respecto al elemento temporal dispuso:

Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo –sin importar el título–, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue elegido o designado, pese a la impropiedad de los Artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, 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.

En ese contexto, esta Corte advierte que, debido a la circunstancia antecedente de haber ejercido como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, es claro que Marina Lozano Roperó no podía inscribirse como candidata a la Asamblea Departamental en esa circunscripción territorial, ni mucho menos ser elegida diputada, pues desde que venció el período de encargo y hasta que formalizó su candidatura, tan solo habían transcurrido diez (10) meses y un (1) día, circunstancia que la inhabilitaba para aspirar a ese cargo público. Por consiguiente, puede afirmarse, sin hesitación alguna, que su elección como diputada estuvo precedida de una actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, cuyo origen se retrotrae al acto de inscripción.

Para la Corte Constitucional la incompatibilidad contemplada en el numeral 7º del Artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 -aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013-, también explicó con contundencia y claridad que esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección.

Así las cosas, la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se determinó que el extremo temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además avaló dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que “quien hubiese ejercido como gobernador y se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”.

Finalmente, 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. En este sentido la citada sentencia, expone:

Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, la prohibición contemplada de los Artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción.

La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.

4.4. El análisis del caso concreto

Con fundamento en lo hasta acá expuesto, corresponde a la Sala resolver el caso concreto, encontrándose acreditado lo siguiente:

- Que la señora Pinto Pérez fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania para el período 2012-2015.

- Que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

- Que mediante formulario E-6 del 25 de junio de 2015 la demandada se inscribió como candidata a la gobernación.

- Que la demandada fue elegida como gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019 en el marco de las elecciones territoriales que tuvieron lugar el 25 de octubre de 2015.

El caso que ocupa la atención de la Sala se gobierna por la Ley 617 de 2000 (Artículos 38.7 y 39) pero con las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011.

Con fundamento en aquellas normas, y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes 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.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.

En ese sentido, el numeral 7º del Artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular mientras detente tal dignidad. Y, en aplicación del Artículo 39 -versión actual-, tampoco podría hacerlo dentro de los 12 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado dos extremos a partir de los cuales se impone el análisis del caso concreto. El primero -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que ocurrió, en el caso que nos ocupa, con la renuncia al cargo por parte de la demandada. El segundo -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, transcurrieron más de 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.

Pues bien, ocurre que la demandada fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015 y ocupó tal dignidad hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

Pese a lo anterior, la señora Pinto Pérez el 25 de junio de 2015 se inscribió como candidata a la gobernación de La Guajira para las recientes elecciones territoriales de 2015.

Entonces, como entre el 21 de julio de 2014 -extremo temporal inicial aplicable al caso concreto- y el 25 de junio de 2015 -extremo temporal final aplicable al caso concreto-, ciertamente, transcurrieron menos de los 12 meses que exigen los Artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011, se impone a la Sala Electoral de esta Corporación anular la elección de la demandada al cargo de gobernadora de La Guajira, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Conforme al Consejo de Estado, es claro para esta Dirección Jurídica los alcaldes 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, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador mediante el Artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial que se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde y otro final la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que el hecho de presentarse como candidato de las elecciones atípicas donde fue alcalde por el periodo 2016-2019 no configura una reelección por cuanto, con anterioridad se llevaron a cabo las elecciones locales 2020-2023 de las cuales resulta vencedor el mandatario fallecido. Máxime cuando entre un extremo temporal y otro, transcurren más de 12 meses. Es decir, la nueva elección no estaría 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.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia proferida dentro del Expediente núm. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. «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».

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:17:56