



Concepto 111781 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000111781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000111781

Fecha: 17/03/2023 08:06:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para aspirar a ser alcalde de quien fue alcalde encargado o designado del mismo ente territorial. ALCALDE. Suspensión. Levantamiento de la medida de suspensión de un alcalde municipal. RAD.: 20239000106552 del 16 de febrero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si quien se desempeñó como alcalde encargado o designado de un municipio puede aspirar a inscribirse como candidato a la alcaldía del mismo ente territorial, así como lo relacionado con el reintegro de un alcalde que había sido suspendido en el ejercicio de su cargo, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación con los dos primeros interrogantes de su escrito, se observa que la Ley 136 de 1994¹, establece:

“ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. 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”. (Subrayado nuestro).

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, es necesario analizar dos aspectos para que se configure la citada causal de inhabilidad: 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.

Frente al primer aspecto, se advierte que los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994, 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:

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 sí o por delegación. 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 nuestro).

De conformidad con lo establecido en las normas transcritas, se infiere que los alcaldes ejercen autoridad administrativa en el nivel municipal.

Por lo tanto, respecto de esta causal de inhabilidad, se observa que, si el candidato no renunció a su cargo antes de los doce meses que preceden la elección, se configurará la prohibición legal analizada.

Además de lo anterior y de acuerdo con lo enunciado en su consulta, si el aspirante ejerció como alcalde encargado o designado en el respectivo municipio, deberá tenerse en cuenta que la Ley 617 de 2000², establece como incompatibilidades de los alcaldes:

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

(...)

Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido". (Destacado nuestro)

Como puede observarse, las incompatibilidades dispuestas para los alcaldes también aplican para quienes los reemplacen en el ejercicio de sus cargos; asimismo se describe como incompatibilidad el hecho de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección durante el período para el cual fue elegido.

Ahora bien, es de anotar que el artículo 39 de la ley citada, dispone:

"ARTÍCULO 39. Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. 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.*

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

PARAGRAFO. Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales".

En este punto es importante tener en cuenta que la Ley 1475 de 2011³, señaló:

"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. (Subrayado nuestro)

El anterior inciso de la Ley 1475 de 2011, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011, la cual dispuso:

"(...) Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo 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.

Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política".

En este orden de ideas, la decisión asumida por la esa Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el régimen de inhabilidades al establecido para los congresistas, únicamente en lo relacionado con el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; que hace referencia a que no podrán ser congresistas quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

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

En efecto, 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 2 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, el efecto de la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades de los demás servidores públicos -distintos de los congresistas- aplica a todas las causales habilitantes en relación con su elemento temporal, de forma tal que a partir de la entrada en vigencia de esa ley aquel aspecto se materializa -según cada caso- dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de las elecciones.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-515 de 2013, tuvo oportunidad de aplicar, mediante sentencia de unificación, el antecedente de la Sentencia C-490 de 2011 a un caso concreto, así:

“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 parágrafo 3 del artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieren 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 jurisprudencia constitucional, a partir del 14 de julio de 2011, el término máximo de incompatibilidad que corresponde a 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 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.

Por consiguiente, esa Corporación dispuso que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7 del artículo 38 y en concordancia con el artículo 39 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 alcalde y se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”.

En este sentido la citada sentencia de unificación dispuso que 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, 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.

Así las cosas, si entre un extremo temporal y otro, 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.

Igualmente, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 76001-23- 31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, con ponencia de la magistrada

María Nohemí Hernández Pinzón, las inhabilidades derivadas del ejercicio de cargos públicos también se configuran cuando se desempeñan a título de encargo. Así lo expresó esta Corporación cuando dispuso que, con el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, vale decir, no sólo cuando se ejerce en propiedad sino también mediante otra forma de provisión, como, por ejemplo, en provisionalidad, en comisión o por encargo, porque la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo.

Según el Consejo de Estado, el encargo es una situación administrativa que implica el desempeño temporal por un empleado, de funciones propias de otro cargo, en forma parcial o total, por ausencia temporal o definitiva del titular, es decir, el concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esa Corporación en forma reiterada⁴. Conforme con lo anterior, a quien asume un empleo mediante la figura del encargo se le aplican las inhabilidades e incompatibilidades que para el respectivo cargo.

De conformidad con las normas y la jurisprudencia transcritas, los empleados públicos que han ejercido el cargo de alcaldes municipales mediante la figura del encargo, están inmersos en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas para la inscripción y elección de alcaldes, especialmente la incompatibilidad señalada en el numeral 7 del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, es decir la persona que ha sido encargada del cargo de alcalde municipal no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, esta incompatibilidad tendrá vigencia en la respectiva circunscripción durante el período constitucional y hasta 12 meses después del vencimiento del mismo.

Por consiguiente, el empleado público que fue encargado como alcalde municipal, no podrá inscribirse como candidato a la alcaldía municipal de la respectiva circunscripción sino hasta 12 meses después del vencimiento del período para el cual fue elegido, en este caso, para el cual fue encargado.

De la misma manera sucede con quien ejerció como alcalde en calidad de designado, por cuanto le es aplicable la incompatibilidad prevista en el numeral 7 de del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, en los términos señalados en precedencia.

En tal sentido, en el caso bajo análisis, el candidato mencionado en su escrito de consulta deberá analizar si puede inscribirse como aspirante a la alcaldía del respectivo municipio, de conformidad con lo precisado en precedencia, para lo cual deberá observar las fechas de inscripción de las candidaturas previstas en el calendario electoral.

De otra parte, en lo que respecta a su última pregunta, se precisa que el Decreto 1083 de 2015⁵, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.47. Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.

ARTÍCULO 2.2.5.5.48. Reintegro al empleo y reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión. De conformidad con lo señalado en el artículo 158 de la Ley 734 de 2002, el servidor público que en un proceso disciplinario hubiere sido suspendido provisionalmente, será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, decisión de archivo, terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.

Significa lo anterior, que un empleado público únicamente puede ser suspendido en virtud de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, caso en el cual dicha decisión es ejecutada por el nominador de la entidad mediante acto administrativo motivado, lo cual genera la vacancia temporal del empleo.” (Subrayado nuestro)

Por su parte, la sentencia C-450 de 2003, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, indica:

“De otra parte, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la decisión judicial de suspender del cargo y en consecuencia el pago de salarios y prestaciones, no implica que la relación laboral haya finalizado, dicho acto contiene por una parte una condición resolutoria respecto de la vinculación laboral (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A), que depende del resultado del proceso y de otra parte una condición suspensiva en relación con el derecho a percibir la remuneración.

En ese orden, cuando la condición resolutoria desaparece su efecto es retroactivo, esto es, desde la fecha en la que se dispuso la suspensión, en consecuencia queda sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos aunque no se haya prestado el servicio. En el momento en que la medida judicial se levante, cesan sus efectos.

En casos en los que el funcionario suspendido no fue condenado, el efecto lógico es que debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante el retiro temporal del cargo, su situación debe restablecerse a la que tenía al momento en que fue suspendido, es decir como si no hubiera sido separado del servicio, y en consecuencia tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir que vuelven las cosas al estado anterior.

Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de

manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal periodo.” (Subrayado nuestro)

Acorde con lo anterior, se concluye:

La suspensión en ejercicio del cargo es una situación administrativa que consiste en la separación temporal del empleo por orden judicial, fiscal o disciplinaria la cual, se debe decretar mediante acto administrativo motivado generando, entonces, la vacancia del empleo.

El término de la suspensión es por el término que determine la orden disciplinaria, fiscal o judicial. Durante el término de la suspensión provisional no hay lugar al reconocimiento y pago de elementos salariales, ni prestacionales. No obstante, durante este tiempo la Entidad debe seguir cotizando al sistema general de seguridad social en la proporción legal que le corresponda. En el evento que el proceso del empleado suspendido provisionalmente termine por cesación de procedimiento o por preclusión de la instrucción, o cuando sea absuelto o exonerado, el empleado debe ser reintegrado a su cargo y debe reconocerse y pagarse la remuneración dejada de percibir por el término de la suspensión. De acuerdo con lo anterior, esta Dirección Jurídica infiere que el reintegro al servicio de un empleado suspendido en el ejercicio del cargo por orden disciplinaria, fiscal o judicial, estará determinado por lo que la autoridad haya determinado en la orden impartida en el caso particular.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <https://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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado

Revisó: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

2 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.

3 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.

4 Ver sentencias de 21 de abril de 1992, 9 de septiembre del mismo año y del 2 de noviembre de 1995, de la Sección Segunda, Expedientes 4134, 3526 y 5672, respectivamente. Magistrados ponentes Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas.

5 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:26:35