



Función Pública

Concepto 088891 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000088891

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000088891

Fecha: 01/03/2023 04:54:41 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Cargos de Elección Popular. Alcalde encargado para aspirar a cargos de elección popular. RAD.: 20232060127772 del 27 de febrero de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, remitido a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral CNE, en la cual presenta interrogantes relacionados con las inhabilidades para postularse a cargos de elección popular como es el caso de alcalde, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En relación con el primer interrogante de su escrito, respecto de la inhabilidad para un empleado público del nivel directivo que se desempeñó como alcalde encargado, que aspira a ser elegido alcalde en las próximas elecciones locales a efectuarse en el año 2023, le indico que la Ley 617 de 2000¹ 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".

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. DURACION 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 2011², 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 Estatuaria 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. Exp. 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 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 sentencia de la Corte 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, la Corte Constitucional dispuso que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7 del artículo 38 y 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 reiterada³. 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 con el empleo de alcalde municipal, no podrá inscribirse como candidato a la alcaldía municipal de la respectiva circunscripción sino hasta 12 meses después del vencimiento del periodo para el cual fue elegido, en este caso, para el cual fue encargado.

Finalmente, sobre su segunda inquietud, relacionada con la eventual inhabilidad para que un secretario de despacho de una alcaldía aspire a ser elegido como alcalde del respectivo municipio, la Ley 136 de 1994⁴, 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.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si 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 señalado, un secretario de despacho de una alcaldía ejerce autoridad política y administrativa en el nivel municipal.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, el secretario de despacho municipal que aspira al cargo de alcalde estará inhabilitado en su candidatura en el respectivo municipio si no renuncia a su empleo dentro de los doce meses que anteceden a la fecha de elección, en los términos de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por 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

²Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.

³Ver 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.

⁴Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:39