



Función Pública

Concepto 80701 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000080701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000080701

Fecha: 13-03-2019 06:03 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcance de la incompatibilidad dispuesta en el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019. RAD. 20199000036242 del 01 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si en virtud de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un diputado, concejal o edil se postulen a otros cargos de elección popular diferentes para los que fueron elegidos; y si esta incompatibilidad se extiende a los gobernador y alcaldes que ostentaron tal calidad en encargo, o a los concejales y diputados que ejercieron en ausencia temporal de su titular, me permito indicarle que como quiera que la mencionada norma ha sido objeto de diferentes interpretaciones, esta Dirección Jurídica ha considerado procedente solicitar autorización a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, con el fin de elevar la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Así las cosas, le indico que este Departamento se encuentra adelantando las gestiones pertinentes con el fin de contar con la autorización de la Secretaría Presidencia de la República, para elevar la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Una vez obtenida la autorización respectiva, se consultará al Consejo de Estado respecto del alcance de la mencionada norma y la respuesta de la Alta Corporación será dada a conocer por los diferentes medios con que cuenta la Función Pública.

No obstante lo anterior y como quiera que en su consulta se refiere a la incompatibilidad de los funcionarios que en han ejercido la distinción de alcalde o gobernador mediante la figura de encargo, me permito informarle que esta Dirección Jurídica a partir el fallo de Oneida Pinto que se relaciona directamente con el particular, ha venido considerando lo siguiente:

1. Cambio de jurisprudencia: sentencia de Oneida Pinto

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 dispuso:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

En este sentido la citada sentencia de unificación dispuso lo siguiente en relación con la definición 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:

1. 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.

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.

Específicamente frente al extremo temporal inicial de la incompatibilidad estudiada, la nombrada sentencia a partir de un análisis metodológico de interpretación de la palabra “periodo”, precisó lo siguiente:

“Lo anterior, en tanto que el numeral 7 de los artículo 31 y 38 no hace mención a la renuncia y los artículos 32 y 39, lo hacen, pero únicamente para las inhabilidades de los numeral 1 y 4 del artículo 31 y 38¹, no para la del numeral 7, que es el que nos ocupa. Veamos:

(....)

Es decir, corresponde a la Sección determinar si se puede admitir que, tratándose de un cargo sometido a período, como es el caso de los de elección popular, específicamente los de alcalde y gobernador, la renuncia pueda admitirse como una circunstancia válida para que se entienda modificado el extremo temporal inicial que fijó el legislador en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

(...)

En razón de los inconvenientes institucionales que generó la exégesis de la Corte, específicamente, por las múltiples elecciones de alcaldes y gobernadores que se registraron por fuera del calendario electoral, el Constituyente Derivado tramitó y aprobó el Acto Legislativo No. 2 de 2002, por medio del cual, con absoluta claridad, instituyó el período institucional, entre otros, para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles. Esta reforma logró que, a partir del 2008, todos los cargos de elección popular quedaran sujetos al período institucional, impidiendo toda interpretación subjetiva que amenace des-institucionalizar los periodos de elección señalados por la Constitución y la Ley. Ese es el verdadero sentido normativo, gramatical, finalístico, axiológico y social de la nueva norma.

Ese Acto Legislativo, al cambiar el referente normativo de interpretación, necesariamente incide en la forma de abordar el concepto del vocablo “período” que emplea el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, pues ha entenderse que este, aun en tratándose de inhabilidades, es siempre de carácter institucional y no personal o subjetivo como lo entendió la Corte Constitucional en su momento.

Lo anterior, sin lugar a dudas, tiene implicaciones en el examen que le corresponde hacer al juez electoral respecto de las prohibiciones que están ligadas al periodo para el cual los candidatos resultaron elegidos, como la que ocupa la atención de la Sala, puesto que el periodo no puede ser analizado, hoy, bajo la lógica subjetiva o personal, en tanto el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral debe ser siempre objetivo.

La razón de esta afirmación no es otra, que entender que la finalidad de ese régimen consiste precisamente en evitar que los intereses personales se antepongan a los públicos, en donde los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad propios de la función pública, y de las campañas electorales, priman por encima del querer de quien encarna el poder y que la Sala entiende, fue lo que llevó al Constituyente derivado a ejercer la corrección normativa y constitucional de una interpretación que estaba generando serias implicaciones de orden jurídico e institucional del país, en detrimento de la democracia.” (Subrayado fuera de texto).

Como se observa, para el Consejo de Estado el concepto del vocablo "periodo" propio del ejercicio de los alcaldes y gobernadores, debe entenderse siempre desde el ámbito objetivo, por tratarse de un periodo institucional; interpretación que obliga a que en el acto electoral, sea menester, antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector.

Precisamente de este análisis decide unificar jurisprudencia y determinar que a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, aun si medie renuncia de por medio, tal y como se transcribe a continuación:

"Así la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, por ejemplo, para acceder a otras dignidades, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000." (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, el Consejo de Estado en la mencionada Sentencia de Unificación del 7 de junio de 2016, se ocupó también de analizar el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral así:

1. A partir de la elección surge para quien resulta electo en un cargo uninominal (gobernador y alcalde), un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

2. Así las cosas, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, para aspirar a otro cargo de elección popular, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato.

3. Para el Consejo de Estado el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

4. En este sentido, el Consejo de Estado señala que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado, no obstante, la renuncia no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

5. Es decir, el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido no puede fundamentarse exclusivamente en los derechos del elegido y su real protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta Dirección Jurídica acoge el criterio esbozado por el Consejo de Estado y, en consecuencia, considera que no resulta procedente que un alcalde o gobernador aspire a ser inscrito como candidato a otro cargo de elección popular mientras termina su periodo institucional, aun cuando presente renuncia a su empleo en cualquier tiempo, toda vez que el interés general plasmado en la elección del electorado para desarrollar un plan de gobierno por un periodo de tiempo determinado hoy en día cuatro años, no puede verse burlado por el interés particular de una persona que busca ocupar otras dignidades de igual o mayor jerarquía, en menoscabo de la igualdad en la contienda electoral.

2. Efectos del encargo

Ahora bien, en lo que respecta al encargo, 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 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 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.

Bajo la misma tesis el Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 11001-03-28-000-2018-00026-00 con ponencia de la Consejera Lucelly Chacón Cepeda expreso:

“Estas disposiciones normativas deben examinarse de acuerdo a la sentencia de unificación proferida dentro del radicado 11001-03-28-000-2015-00051-00 del 7 de junio de 2016, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado coligió que la prohibición de que trata la norma en cita se mantiene durante todo el periodo constitucional para el cual fue elegido el alcalde correspondiente. Específicamente, se precisó:

“(…) el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto de análisis, debe ser entendida desde un única perspectiva: la institucional u objetiva en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica.”

Como puede observarse, según se desprende del tenor literal de los artículos que se consideran vulnerados, la inhabilidad alude a un sujeto calificado, pues aquella solo es aplicable a ciertos cargos de elección popular, en este caso a los alcaldes. Ello quiere decir que los que no pueden llevar a cabo la conducta descrita en el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 son básicamente dos personas: (i) los alcaldes o (ii) quienes los reemplacen en el ejercicio del cargo”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y la jurisprudencia transcritas, los empleados públicos que han ejercido el cargo de alcaldes municipales o gobernadores mediante la figura del encargo, están inmersos en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas para la inscripción y elección de alcaldes y gobernadores, especialmente las incompatibilidades señaladas en el numeral 7º de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000; es decir, la persona que ha sido encargada del cargo de alcalde municipal o gobernador no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido; esta incompatibilidad tendrá vigencia durante el período constitucional y hasta 12 meses después de su vencimiento.

Ahora bien, entiende esta Dirección Jurídica, que tratándose de alcaldes y gobernadores encargados, la incompatibilidad en estudio implica la imposibilidad de inscribirse como candidatos a cualquier cargo de elección popular a partir de la terminación del encargo y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo. Así se transcribe de la sentencia de la Corte Constitucional SU-625 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que determinó lo siguiente:

“9.12. 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.

9.13. En el presente caso, la autoridad judicial demandada encontró probado que el 28 de septiembre de 2010, la ciudadana Marina Lozano Roperó se desempeñó como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander; y que el 29 de julio de 2011, es decir, diez (10) meses y un (1) día después de la terminación del encargo, se inscribió como candidata para aspirar a la Asamblea Departamental de Norte de Santander en los comicios del 30 de octubre de 2011, resultando elegida diputada en esa circunscripción territorial.

9.14. 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 Roper 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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con las anteriores precisiones, con respecto a su aspiración a la alcaldía, esta Dirección Jurídica considera:

1. De conformidad con las normas y la jurisprudencia transcritas, los empleados públicos que han ejercido el cargo de alcaldes municipales o gobernadores mediante la figura del encargo, están inmersos en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas para la inscripción y elección de estas dignidades, especialmente las incompatibilidades señaladas en el numeral 7º de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000; es decir, la persona que ha sido encargada del cargo de alcalde o gobernador 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 o gobernador.

2. Es decir, deberá el consultante contar un año después del vencimiento del periodo del encargo, para determinar la finalización de la incompatibilidad.

Respecto al reemplazo de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, me permito señalar que esta Dirección Jurídica ha venido reiterando el criterio esbozado en concepto No. 20196000012141 del 21 de enero de 2019, sobre pregunta formulada en similares términos, en el cual se concluye:

“De acuerdo con lo anterior, en las Corporaciones Públicas de elección popular como es el caso de los concejos municipales no habrá suplentes para los miembros que los conforman. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley.

Ahora bien, el Acto Legislativo 02 de 2015, dispuso que deberá ser el legislador (que a la fecha no ha ocurrido) quien regule el régimen de reemplazos para los miembros de las corporaciones públicas, estableciendo -mientras esto sucede- unas reglas de rango constitucional que contemplan como falta temporal de los concejales el disfrutar de la licencia de maternidad y dar lugar al reemplazo.

Quien reemplazará la concejala será el candidato no elegido que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, de conformidad con el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el artículo 134 de la Constitución Política.”

Lo anterior, se expide sin perjuicio de la interpretación que sobre el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 considere el Consejo de Estado y las modificaciones que a ello de lugar.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo 38, Numeral 1º. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo. Numeral 4º. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 03:37:21