



Función Pública

Concepto 90941 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000090941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000090941

Fecha: 21-03-2019 02:53 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades de empleado encargado como alcalde para aspirar a la alcaldía de un municipio. RAD. 20199000048902 del 11 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede una persona inscribirse como candidato y ser electo alcalde para el próximo periodo electoral, a pesar de haber sido funcionario público y encargado como alcalde del mismo municipio en el mismo periodo constitucional, es decir 2016-2019, me permito señalar lo siguiente:

1. Inhabilidades para ser alcalde

La Ley 136 de 1994 "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios" establece:

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

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio". (Subrayado fuera de texto).

Conforme al artículo transcrito, puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya

intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

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

2. Ejercicio de autoridad

Ahora bien, los conceptos de ejercicio de autoridad 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:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”. (Subrayado fuera de texto).

Con relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (10). (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)". (Subrayado fuera de texto).

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

"En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa."

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

(...)" (Subrayado fuera de texto).

En similar sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta mediante sentencia del 18 de julio de 2005 emitida dentro del proceso número 760012331000200304840 01, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, se pronunció frente a la autoridad administrativa señalando lo siguiente:

"Así pues, conforme a la definición legal transcrita, para determinar si un empleado público ejerce autoridad administrativa, el estudio necesariamente debe partir del contenido funcional del cargo que ocupa."

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente

de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, con el fin de determinar si en un cargo se ejerce jurisdicción o autoridad administrativa o civil en el nivel municipal, tal como lo afirma la sentencia anteriormente señalada, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas.

Por consiguiente, el interesado deberá analizar si en su empleo tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente a los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; o si hace parte de las unidades de control interno y legal o reglamentariamente tiene facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio; toda vez que si como empleado público ejerce jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio en el cual desea aspirar a la alcaldía, deberá presentar renuncia a su cargo antes de los doce (12) meses que preceden la respectiva elección con el fin de no incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

3. Incompatibilidades de los alcaldes: el término de 24 meses se reduce a 12 meses

En adición a lo anterior, de acuerdo a lo anunciado en su consulta al haber sido encargado en varias ocasiones como alcalde, deberá tener en cuenta que la Ley 617 de 2000¹ establece como incompatibilidades de los alcaldes la siguiente:

“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”. (Subrayado fuera de texto).

Como puede observarse del artículo en cita, 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 periodo para el cual fue elegido.

Es de anotar que el artículo 39 ibídem dispone:

“ARTICULO 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”. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con las anteriores disposiciones -originales de la Ley 617 de 2000-, 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.

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

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

4. 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 38³, 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 otra 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 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.

5. 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 d 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

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 7º 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 durante el período constitucional y hasta 12 meses después de su vencimiento.

Con respecto al elemento territorial de la prohibición en comento, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 76001-23-31-000-2007-01477-02 y ponencia de la Consejera María Nohemí Hernández Pinzón señaló:

“En consecuencia, los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido. En consecuencia, procederá la Sala a estudiar su sentido y alcance.

2.2.2. Sentido y alcance de la causal que se imputa a la demandada.

Para que se configure la prohibición en estudio se requiere: (i) que la conducta se realice por un sujeto calificado, los alcaldes, o quienes “los reemplacen” en el ejercicio del cargo; (ii) que ese sujeto se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular en esa circunscripción y; (iii) que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.

(...)

Es claro, según las anteriores precisiones jurisprudenciales, que la persona que haya ocupado el cargo de alcalde municipal o distrital, sin importar si lo ha hecho bajo la situación administrativa del encargo, queda sujeto a la prohibición legal prevista en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 -impropiamente denominada incompatibilidad-, consistente en que no podrá inscribirse a cualquier cargo de elección popular en la misma comprensión territorial, dentro de los 24 meses siguientes a la dejación del cargo de alcalde. De contera, a la Sala le corresponde verificar enseguida si están dados los supuestos para la configuración de la prohibición, resultando pertinente citar el material oportuna y regularmente recaudado: (...). (Subrayado fuera de texto)

Conforme a la sentencia en cita, la prohibición estudiada requiere que el sujeto se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular de la correspondiente circunscripción.

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 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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con las anteriores precisiones, con respecto a la aspiración de un empleado 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 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 7º 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 en la misma comprensión territorial dentro de los 12 meses siguientes a la dejación del cargo de alcalde.
2. Como en la consulta no se señala el término por el cual fue encargado como alcalde, deberá el consultante contar un año después del vencimiento del periodo del encargo, para determinar la finalización de la incompatibilidad.
3. En todo caso, el empleado público que ejerza jurisdicción o autoridad en los términos inicialmente descritos, deberá presentar la renuncia a su cargo antes de los 12 que preceden la elección que se celebrará el 27 de octubre de 2019, atendiendo a la inhabilidad descrita en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

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. 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.
2. Como las sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera Radicado No. 54001233100020120002701; Corte Constitucional Sentencia SU-515 de 2013 M.P Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional Sentencia SU- 625 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
3. 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: 2025-03-03 01:09:32