



Función Pública

Concepto 76171 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000076171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000076171

Fecha: 12-03-2019 08:03 am

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. - ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerció como presidente de un concejo municipal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde municipal? RAD. - 20199000036632 del 1 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, referente a establecer si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerció como presidente de un concejo municipal se postule para ser elegido en el cargo de alcalde municipal, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Respecto de las inhabilidades para aspirar a ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000¹, señala:

"ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. 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."

"(...)"

De acuerdo con lo previsto en la norma, no podrá postularse para ser elegido en el cargo de alcalde 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.

Por otra parte, respecto de la calidad de los concejales, la Constitución Política señala lo siguiente:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...).”

“ARTICULO 312. <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta”. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el precepto constitucional, los concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública pero no tienen la calidad de empleados públicos, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, los concejales no se encuentran dentro de la prohibición contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

De otra parte, la Carta política prohíbe el que una persona sea elegido para más de una Corporación o cargo público al indicar:

“ARTÍCULO 179.

(...)

8. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 136 de 1994², establece:

“ARTÍCULO 44. INELEGIBILIDAD SIMULTÁNEA. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Los concejales en ejercicio que aspiren a ser congresistas deben renunciar a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su candidatura.”

De acuerdo con lo anterior, se precisa que el concejal no tiene la calidad de empleado público, aun en el caso que presida la corporación, en consecuencia, no se evidencia prohibición alguna para que un concejal se postule para ser elegido como alcalde municipal, siempre que los períodos no coincidan, así sea parcialmente.

El Consejo de Estado, en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: [68001231500020040043901](#), Radicación interna No. 3765 de abril 6 de 2006, Consejero Ponente Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, respecto a la inhabilidad del Presidente del Concejo para ser Alcalde, expreso:

"2. 4. El ejercicio de autoridad política, civil y administrativa por parte de los concejales y del Presidente del Concejo.

Ha sostenido la Sección ², que la función administrativa de concejal y el desempeño de la presidencia del cabildo, no invisten a quienes la ejercen de autoridad civil o política ni de cargo de dirección administrativa, porque el concejal no es, por definición constitucional, empleado público sino un servidor público sujeto a las responsabilidades que la ley le atribuye, y porque los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política y dirección administrativa respectivamente, señalan quienes las ejercen a nivel municipal y resulta claro que el concejal no es titular de aquellas ni de esta; que tampoco está investido de ellas el Presidente del cabildo, por cuanto las funciones administrativas que desempeña en razón de esa dignidad, las ejerce a título de concejal y porque de no ser así se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa corporación, pues si tuvieran aquellos la autoridad política o la dirección administrativa que les atribuyen los demandantes no serían reelegibles para el Concejo, por efecto de la inhabilidad consagrada en el artículo 43, numeral 2° de la Ley. 136 de 1994, en tanto que los demás cabildantes sí pueden ser reelegidos, lo que llevaría a que los concejales no aceptaran cargo alguno en la mesa directiva de la corporación en los seis meses anteriores a la nueva elección de cabildantes." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el concejal no se encuentra incurso en las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo; en consecuencia, quien se desempeña como concejal municipal y aspira a ser elegido alcalde del mismo municipio, no requiere renunciar a su cargo, aun cuando presida la corporación, siempre y cuando los periodos no coincidan en el tiempo, por cuanto, se reitera, el concejal no tiene la calidad de empleado público.

2.- Respecto de la interpretación de la Sentencia del Consejo de Estado que decretó la nulidad de la elección de la Gobernadora de la Guajira, me permito indicarle lo siguiente:

Una vez analizada la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, radicada con el número [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, y mediante la cual se declaró la nulidad electoral de la señora Oneida Pinto como Gobernadora de la Guajira, es posible colegir lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el Consejo de Estado, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, 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.

De acuerdo con la sentencia, 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 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.

Lo anterior, en virtud de los principios de transparencia, igualdad y la legitimidad democrática, en donde 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.

En este sentido es enfático el Consejo de Estado en señalar 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.

Dispuso este alto tribunal, que 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 de 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.

Así las cosas, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado no resulta procedente que un alcalde o un 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 superar el interés particular de una persona que busca otras dignidades de igual o mayor jerarquía, en menoscabo de la igualdad en la contienda electoral.

De lo señalado se puede colegir que la prohibición se encamina a que cargos uninominales de elección popular que han presentado un programa de gobierno en su aspiración política, específicamente el cargo de alcalde o gobernador, en el caso de renuncia no podrán inscribirse como candidatos a otros cargos de elección popular hasta tanto finalice las incompatibilidades de ley, y en el caso de renuncia al cargo hasta que finalice el período Constitucional para el cual fueron elegidos, sin que tales restricciones en criterio de esta Dirección Jurídica se puedan aplicar a otros cargos como es el caso del concejal.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica no se presenta inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal electo para el periodo 2016 - 2019 aspire a ser elegido alcalde para el periodo 2020 - 2023 toda vez que la prohibición contenida en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado anteriormente analizada se le dio alcance para los cargos de alcalde o gobernador y no para el cargo de concejal.

3.- No obstante lo anterior, es preciso señalar que el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019³, incorpora nuevas incompatibilidades para el ejercicio de cargos públicos en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 43. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta incompatibilidad se extiende desde el momento de su vinculación y hasta doce meses después del retiro del servicio.

3. *Para todo servidor público, contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales”*

En razón a las diferentes interpretaciones del que ha sido objeto el anterior artículo, este Departamento se encuentra adelantando las gestiones pertinentes ante la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República, con el fin de obtener la autorización para elevar la consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En el caso de obtener 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.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

3. *“Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:03:31