



* 2 0 1 5 6 0 0 0 1 3 8 9 4 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20156000138941
Fecha: 18/08/2015 09:50:37 a.m.

Bogotá D.C.

Señor:
FABIAN ENRIQUE PEREZ RAMIREZ
E-mail: cortesivand@hotmail.com

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de Secretario de Despacho encargado como alcalde, para aspirar a ser elegido Alcalde del mismo municipio. **RAD.: 20159000122452** de fecha 2 de julio de 2015.

Respetado señor:

En atención al asunto de la referencia, atentamente me permito efectuar el análisis respectivo a partir del siguiente planteamiento jurídico.

PLANTEAMIENTO JURÍDICO

¿Con fecha de antelación debe presentar su renuncia un Secretario de despacho que fue encargado como Alcalde, para aspirar a ser elegido Alcalde del mismo municipio?

FUENTES FORMALES

- Ley 617 de 2000. "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."
- Ley 1475 de 2011. "Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones."

ANÁLISIS

Con el objeto de resolver el interrogante planteado, se procederá a analizar la siguiente normativa y jurisprudencia relacionada:

1. Inhabilidades para ser elegido alcalde.

La Ley 617 de 2000, señala respecto de las inhabilidades para ser elegido alcalde:

"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." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido 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.

2. Ejercicio de autoridad civil, política y administrativa, por parte de servidores públicos en el respectivo municipio.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 señala lo siguiente:

"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 sí 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." (Subraya fuera de texto)

Conforme la anterior normatividad, comprende dirección administrativa la que ejercen los empleados oficiales facultados 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, estableciendo el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 que la dirección administrativa además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía.

3. Incompatibilidades de los alcaldes.

La Ley 617 de 2000, con relación a las incompatibilidades de los alcaldes, expresa:

"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 periodo para el cual fue elegido.

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 periodo 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." (Negrilla y subrayas fuera del texto).

De conformidad con la normativa transcrita los alcaldes y quienes lo reemplacen en el ejercicio del cargo, no podrán inscribirse como candidato en cualquier cargo de elección popular durante el periodo para el cual fue elegido, estableciéndose como término de duración de la incompatibilidad veinticuatro (24) meses después del vencimiento del periodo o de la aceptación de la renuncia, en la respectiva circunscripción.

4. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos.

Con relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los servidores públicos el inciso tercero del parágrafo 3° de la Ley 1475 de julio 14 de 2011, establece:

"ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN

(...)

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible

(...)

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.”

La norma transcrita, se refirió tangencialmente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades ya establecido en la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, al señalar que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

La Corte Constitucional dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia C-490 de 2011, condicionó la constitucionalidad del citado párrafo 3º en los siguientes términos:

“Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

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

En este orden de ideas, la decisión asumida por la Alta Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el régimen de inhabilidades de los servidores públicos de elección popular, al establecido para los congresistas.

La Constitución Política, por su parte en el artículo 179 indica las prohibiciones para ser Congresista, dentro de las que establece:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

(...).

2. *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.”*

Por consiguiente, por disposición del párrafo 3º de la Ley 1475 de 2011, el término de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, fue derogado a partir del 14 de julio de 2011 y se tendrá como fecha máxima el término de 24 meses para los casos que se presentaron antes del 14 de julio de 2011.

En este mismo sentido se pronunció el Ministerio del Interior mediante concepto No. OF115-000011513-DDP-2100 del 20 de abril de 2015, al concluir:

“Por otro lado, la incompatibilidad contenida en el numeral 7 del artículo 38 en armonía con el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, implícitamente quedó sustituida por el inciso final del párrafo del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que es Ley estatutaria especial y posterior a ley 136 de 1994 modificada en lo que corresponde al estudio

por la Ley 617 de 2000. Así mismo, el artículo 55 de la Ley 1475 de 2011, al establecer su vigencia y derogatoria estableció que la misma rige a partir de su promulgación y deroga todas las demás disposiciones que le sean contrarias. En ese sentido se reitera que la mencionada ley comenzó a regir el día 14 de julio de 2011.

"Del anterior estudio normativo, también se evidencia que el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, establece en el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7, que el término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción, por lo que claramente se distingue que va en contravía del inciso final del parágrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, razón por la cual considera este despacho que ha sido derogada tácitamente. Sin embargo, se tiene que aclarar que se asume como término máximo para mantener las incompatibilidades el de 12 meses contados a partir de la aceptación de la renuncia, si el caso se presentó con fecha posterior al 14 de julio de 2011, y se tendrá como fecha máxima, el término de 24 meses para los casos que se presentaron antes del 14 de julio de 2011".

5. Autoridad que ejerce quien es encargado como Alcalde.

Respecto de la responsabilidades, derechos, obligaciones, así como inhabilidades de quienes ejercen un cargo mediante encargo, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de octubre de 2001, expediente 2001-0003 (2463), determinó lo siguiente:

"... esta Sala sostiene 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 los artículos 23 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, 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.

El concepto de encargo trae implícito el desempeño de funciones constitucionales y legales asignadas al titular, como lo ha afirmado esta Corporación en forma reiterada.

Así se pronunció al respecto:

"El encargo implica de por sí para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiere sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones. Ha de entenderse, asimismo, que si el acto que confiere el encargo no establece expresamente qué clase de funciones puede ejercer la persona en el empleo para el cual ha sido encargada, ella está en capacidad de cumplir todas aquellas funciones propias o inherentes del cargo que se va a desempeñar temporalmente."

De igual forma, la misma Corporación, consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gomez, en sentencia del año 2009, respecto del encargo del alcalde, estableció:

"Frente a los requisitos que requiere la persona que se ha designado para asumir el cargo de alcalde encargado, esta Corporación ha sostenido:

"El alcalde designado o encargado asume todas y cada una de las funciones, prerrogativas y derechos del alcalde suspendido, pues la ley en ningún caso hace diferencia entre uno y otro, salvo lo ya establecido sobre la revocatoria del mandato que no es procedente en este caso.

Pero también respecto del alcalde designado operan las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, así como las causales de suspensión y destitución previstas para el alcalde elegido popularmente."

De manera que si con el encargo la persona designada asume o ejerce las funciones de un empleo diferente respecto de aquél para el cual fue nombrado inicialmente y si tratándose del evento en el cual se designa un alcalde encargado, lo cierto es que este último asume todas las funciones, derechos, obligaciones y responsabilidades y se le aplican las mismas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, etc., de conformidad con el artículo 122 constitucional, por lo cual resulta claro que el alcalde encargado requiere de la posesión en dicho empleo, puesto que se trata de una persona que si bien puede encontrarse vinculada al municipio respectivo y posesionada en determinado cargo, lo cierto es que la norma en comento, de manera precisa, especifica que tal solemnidad –acto de posesión– no se requiere únicamente para lo eventos en que se pretenda el ingreso al ente oficial, sino para todos los casos –por que la norma no distingue– en los cuales se quiera ejercer un cargo público y dado que el encargado asume las funciones propias del alcalde, para ejercerlas necesariamente requiere del acto de posesión. Sin duda, tal solemnidad, según lo explicado, es la forma a través de la cual se logra comprometer el comportamiento del funcionario que pretende desempeñar las funciones de alcalde, a los mandatos de la Constitución y de la ley. (Subraya fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-343 del 11 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, frente al particular dispuso:

“5.2.11 Como se explicó pomenorizadamente en el punto 2 de esta providencia el ciudadano Femey Humberto Lozano Camelo en el mes (1) y doce (12) días que ejerció como alcalde encargado del municipio de Yumbo, desempeñó temporalmente las funciones administrativas propias del alcalde nombrando funcionarios[76], delegando funcionarios como representantes del Alcalde[77], realizando encargos[78], efectuando traslados del presupuesto de ingreso y gastos[79], realizando contrataciones directas[80] y tomando resoluciones gubernamentales que consideró importantes en el interés del municipio[81]. Por ende, considera la Sala que no es cierto, como afirma el demandante, que la situación de encargo sea una “situación administrativa precaria”. Lo anterior ya que durante el tiempo que se ejerce como alcalde encargado se cumplen las mismas funciones que el alcalde titular, dando lugar a que el ejercicio del poder durante ese lapso lo pueda favorecer como candidato y de esta manera pueda vulnerar el principio de igualdad de oportunidades en la elección. (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el empleado que ejerce las funciones de alcalde mediante encargo, implica el desempeño de funciones constitucionales y legales propias del alcalde, en ese sentido, se considera que el empleado encargado en el empleo de alcalde asume todas las funciones, derechos, obligaciones y responsabilidades inherentes a dicho cargo.

CONCLUSIONES:

De conformidad con las normas y la jurisprudencia transcritas, se concluye con respecto al interrogante planteado:

1. En el análisis de la inhabilidad corresponde estudiar cuatro aspectos: primero, que el aspirante sea empleado público; segundo, que en su cargo ejerza autoridad política, civil, administrativa o militar; en tercer lugar, que ese ejercicio lo haya realizado en el respectivo municipio en el cual se aspira al cargo de elección popular, y cuarto, que dicha autoridad se haya ejercido dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

2. Para el caso que nos ocupa, un Secretario de Despacho ejerce autoridad administrativa en el nivel municipal. Por ello, de conformidad con las normas relacionadas, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como Secretario de Despacho en el respectivo municipio.



3. De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, ningún término de inhabilidades e incompatibilidades puede ser superior al establecido en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política para los Congresistas, es decir, doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

4. De acuerdo con lo anterior, la incompatibilidad en estudio prevista en el artículo 39 de la Ley 617 de 2000; que señala el término de duración de 24 meses como prohibición, para que un alcalde o quien lo reemplace en el ejercicio del cargo, se inscriba como candidato a cualquier cargo de elección popular, fue modificado por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y por ende, su término es de "doce meses anteriores a la fecha de la elección", en concordancia con lo indicado en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.

Por lo tanto, quien haya sido encargado como alcalde y pretenda postularse para ser elegido en el mismo cargo en el siguiente período, deberá renunciar al respectivo empleo al menos 12 meses antes de las elecciones locales.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Claudia Hernández
HH **CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEON**
Directora Jurídica

Ernesto Fagua / MLH / GCJ

600.4.8