



Concepto 310191 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000310191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000310191

Fecha: 03/05/2024 09:55:06 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

INHABILIDADES ALCALDE. Elecciones atípicas. Radicado: 20249000318172 y 20249000318292 Fecha: 11/04/2024

En atención a su comunicación, mediante la cual consulta "...*Un empleado público del orden departamental que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción de nivel profesional, puede inscribirse y ser elegido como candidato a la Alcaldía de un municipio en el cual no ejerció jurisdicción ni autoridad civil, política, administrativa o militar?...*" [Sic], me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Respecto de las inhabilidades aplicables a los aspirantes a una alcaldía municipal en elecciones atípicas, le informo que les corresponden las mismas de una elección típica.

Por lo tanto, la Ley 617 de 2000, determina lo siguiente:

"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:

(...)

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.

(...)

Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección".

De acuerdo con lo previsto en la anterior normativa, se deduce que las inhabilidades para postularse y ser elegido en el cargo de alcalde son las contenidas en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que modifica el artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

En este sentido, en cuanto a la eventual situación atípica, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en auto emitido el 2 de agosto de 2018 dentro del expediente con Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00394-01 en el cual la parte afirmaba que las

inhabilidades aplicables a las elecciones atípicas de un alcalde deben contabilizarse desde la fecha de las elecciones ordinarias y no desde la fecha de elección atípica, por lo tanto, efectuó el siguiente análisis:

"4.2.1 Elemento temporal en la inhabilidad objeto de estudio

Para el recurrente, en el caso concreto el elemento temporal de la prohibición no debe computarse desde el día en el que se celebraron las elecciones atípicas para Alcaldía de Cartagena -6 de mayo de 2018-sino desde el día en el que se llevaron a cabo los comicios para autoridades territoriales en todo el país -25 de octubre de 2015- tal y como se hace en el caso de los llamamientos, toda vez que no existe certeza respecto de la fecha en la que las autoridades convocarán a elecciones atípicas.

La hermenéutica propuesta por la parte demandada no es de recibo para la Sala Electoral por las siguientes razones:

De acuerdo con el tenor literal de la prohibición objeto de estudio, el elemento temporal de la inhabilidad está determinado por el día de la elección, sin que la norma establezca alguna excepción a esa regla. En consecuencia, como al interpretar el régimen de inhabilidades no está permitido crear excepciones o condicionamientos no es posible avalar el razonamiento propuesto por la parte recurrente.

Lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que a través de la interpretación sugerida lo que se busca es introducir a la prohibición un elemento que no fue previsto por la ley, con el propósito de favorecer los intereses particulares del demandado, lo cual no es posible ya que "Por tratarse de una limitación al derecho fundamental de acceso y permanencia en la función pública, corresponde al Constituyente o al legislador, en los casos expresamente autorizados por aquél, definir los elementos temporales y materiales que configuran las causales de inhabilidad, este asunto no puede quedar a disposición del intérprete porque su restricción tiene en la cláusula de reserva legislativa su principal límite."21

En consecuencia con lo anterior, porque el régimen de inhabilidades es objetivo22, razón por la que no es posible variar los elementos que conforman la prohibición atendiendo a las particularidades del caso concreto o a las circunstancias únicas de las elecciones atípicas.

El sub examine no tiene ningún punto de contacto con las situaciones que derivan en un llamamiento. En efecto, este solo procede cuando se genera una vacante absoluta en una corporación pública y sellama al siguiente de la lista, quien además participó como candidato en los comicios. Por el contrario, las elecciones atípicas se presentan para proveer las vacantes absolutas de los cargos populares uninominales, cuando aquella se registra faltando 18 meses o más para la culminación del periodo constitucional. Finalmente, porque la hermenéutica propuesta por el demandado analiza la óptica desde la perspectiva del elegido y no del electorado; y por ello va en contra de la sentencia de unificación del 7 de junio de 2016 en el que se coligió que las inhabilidades deben analizarse desde la perspectiva del principio pro electoratem, o favor del elector y no exclusivamente a favor del elegido.

En este orden de ideas, es claro que, a diferencia del llamamiento en el que el llamado participó en las elecciones dentro del calendario electoral, lo que justifica que el elemento temporal de las inhabilidades sea el mismo que se llevó a cabo la elección inicial, en las elecciones atípicas los candidatos que se presentan son totalmente nuevos, de forma que les corresponde garantizar que no se encuentran incursos en las causales de inhabilidad previstas para el cargo al cual aspiran, pues la jornada electoral comienza desde cero.

Bajo este panorama, no cabe duda de que el argumento de la parte recurrente en este sentido no está llamado a prosperar y, por ende, debe concluirse que el elemento temporal de la inhabilidad objeto de estudio está dado por el día en el que se llevó a cabo la elección atípica para elegir alcalde de Cartagena, esto es el 6 de mayo de 2018.

En otras palabras, el periodo inhabilitante estaba comprendido entre el 6 de mayo de 2017 y el 6 de mayo del año en curso." (Se subraya).

Del citado pronunciamiento se pueden extractar las siguientes premisas:

El elemento temporal de la inhabilidad está determinado por el día de la elección, pues la norma no estableció alguna excepción a esta regla.

No es posible variar los elementos que conforman la prohibición atendiendo a las particularidades del caso concreto o a las circunstancias únicas de las elecciones atípicas.

El llamamiento que se realiza en el evento de una vacante absoluta en una corporación pública (como los concejos municipales, por ejemplo) y se llama al siguiente de la lista, es diferente a la realizada para la elección atípica de alcalde, pues el llamado participó como candidato en los comicios ordinarios. En cambio, las elecciones atípicas se presentan para proveer las vacantes absolutas de los cargos populares uninominales, cuando aquella se registra faltando 18 meses o más para la culminación del periodo constitucional y por la cual se realiza una nueva votación de electorado.

Las inhabilidades deben analizarse desde la perspectiva del principio *pro electoratem*, o favor del elector y no exclusivamente a favor del elegido.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, de conformidad con el numeral 2 del Art. 95 de la Ley 136 en el evento que un empleado público del orden departamental que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción de nivel profesional no se encuentra inhabilitado para inscribirse como candidato a alcalde municipal.

Sin embargo, si este intervino como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, se encontraría inhabilitado para inscribirse como alcalde del respectivo municipio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el [Gestor Normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 07:46:35