



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Édgar González López

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00049-00

Radicación Interna: 2414

Referencia: **Concepto. Incompatibilidades de gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales.**

Postulación e inscripción como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

La no configuración de las incompatibilidades establecidas en el artículo 43-1-a) y b) de la Ley 1952 de 2019, nuevo Código General Disciplinario.

El señor Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública formula una consulta a la Sala para determinar el alcance de la inhabilidad que pudiere surgir por la aplicación de las incompatibilidades previstas en el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, nuevo Código General Disciplinario, para las próximas elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

I. ANTECEDENTES

Inicialmente, el Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública manifiesta que el Registrador Nacional del Estado Civil expidió la Resolución No. 14778 del 11 de octubre de 2018, *“Por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de Autoridades Locales (Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Ediles o Miembros de las Juntas Administradoras Locales) que se realizarán el 27 de octubre de 2019”*.

Agrega que en desarrollo de ese calendario y conforme a los incisos segundo y cuarto del artículo 28 de la Ley Estatutaria 1475 del 14 de julio 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”*¹, al momento de la consulta, ya se habían inscrito en la

¹ Nota de la Sala: El proyecto de ley que se convirtió en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, fue objeto de revisión de constitucionalidad por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-490 del 23

Registraduría Nacional del Estado Civil más de ciento diez (110) comités que se encuentran desarrollando la labor de recolección de firmas para dicha actividad electoral.

El consultante expresa que la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, entra a regir cuatro (4) meses después de su sanción y publicación, según su artículo 265, y deroga la Ley 734 de 2002, el Código Disciplinario Único, y una serie de normas, pero establece que *“Los regímenes especiales en materia disciplinaria conservarán su vigencia”*. Además, el nuevo código enumera determinadas normas que entrarán en vigencia dieciocho (18) meses después de su promulgación.

Posteriormente, señala lo siguiente:

“(…) Frente a esta situación algunos servidores públicos y representantes legales de partidos políticos y agremiaciones han planteado una serie de inquietudes relacionadas con la implementación de la nueva ley al proceso electoral que se llevará a cabo el próximo 27 de octubre de 2019, en especial en lo relacionado con la aplicación del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el cual señala:

“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;

de junio de 2011. Los incisos segundo y cuarto del artículo 28 *“Inscripción de candidatos”* de esta ley, prevén lo siguiente:

Inciso segundo: *“Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas”.*

Inciso cuarto: *“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”.*

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.” (Negrillas de la consulta).

El Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública menciona que la incompatibilidad del numeral 1 del citado artículo 43 se encontraba contemplada en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el anterior código disciplinario, pero el término de su duración era “*desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período*”.

Cita esta última norma y plantea la duda que origina la consulta, en estos términos:

“Como se puede evidenciar la incompatibilidad en vigencia de la Ley 734 de 2002, regía desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período; ahora la Ley 1952 de 2019 señala que la incompatibilidad se aplica desde el momento de la elección y hasta doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio, razón por la cual surgen inquietudes sobre el alcance de la misma y su aplicación a las elecciones que están en curso”.

Luego el Director General enfoca la consulta hacia los temas de la ley en el tiempo y el tránsito de legislación, dado que presenta como fundamento jurisprudencial “*en cuanto a la entrada en vigencia de una norma que contiene restricciones en materia electoral*”, una Sentencia del 7 de febrero de 2013 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Radicación No. 13001-23-31-000-2012-00026-01, que trata esos temas y señala lo siguiente:

“Que la Ley No. 1475 de 2011 estableció que la prohibición de la doble militancia también se materializa cuando ‘... quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular’, apoyen candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.

Sin embargo, como se puso de presente en el acápite anterior, si bien para la época en que sucedieron los hechos la Ley 1475 de 2011 había entrado en vigencia (14 de

julio de 2011), es claro que la etapa preelectoral para aspirar a la asamblea departamental ya se encontraba en marcha.

Es decir, el proceso electoral – entendido como un complejo conjunto de etapas encaminadas a que en un escenario estable el derecho fundamental al sufragio se ejerza bajo parámetros de legalidad, igualdad, imparcialidad y con el fin último de que las decisiones que se tomen en ejercicio del derecho fundamental de participación política, cuenten con la legitimidad necesaria – había iniciado.

En concreto, la etapa referente a la presentación y proclamación de las candidaturas, que, recalca la Sala, condiciona todo el proceso, pues delimita el ámbito de libertad del que los ciudadanos gozarán para elegir a sus representantes, había empezado.

Según el concepto del 27 de julio de 2011 expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación², para las elecciones que tuvieron lugar el día 30 de octubre de 2011, debe tomarse el 8 de febrero de ese año (día en que se fijó el correspondiente calendario electoral)³, como el primer día para la inscripción de candidatos. Para esta fecha no regía la Ley 1475 de 2011.

En este orden de ideas, respecto de los elegidos en los comicios celebrados el 30 de octubre de 2011, no es jurídicamente posible aplicar la prohibición de la doble militancia frente a quienes siendo miembros de corporaciones de elección popular o aspirando a serlo hubieran apoyado candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encontraban afiliados.

Por lo tanto, a los ciudadanos que se encontraron en el supuesto de hecho que prevé el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, no era posible exigirles que debieron abstenerse de apoyar a un candidato de diferente filiación política, pues la Ley 1475 de 2011, como ya se explicó, no se hallaba vigente para la época en que se dio comienzo el (sic) proceso electoral con la respectiva inscripción de candidaturas.

(...).”

² Nota de la citada sentencia de la Sección Quinta: “En el referido concepto se dijo: ‘El Registrador Nacional del Estado Civil señaló en el calendario electoral, para las elecciones locales del 30 de octubre de 2011, que la fecha en la cual se vence el plazo máximo para la inscripción de candidatos es el miércoles 10 de agosto de 2011 (...). De lo expuesto se desprende claramente que el plazo en el cual se lleva a cabo la actuación administrativa de inscripción de candidaturas había comenzado antes del 14 de julio de 2011, fecha en la que entró a regir la ley 1475, pues al no existir término de inicio debe tenerse por tal al menos el de la Resolución del Registrador que definió el calendario electoral para los comicios del 30 de octubre de 2011.’ Rad. 11001-03-06-000-2011-00040-00 (2064). Autorizada la publicación el 27 de julio de 2011”.

³ Nota de la citada sentencia de la Sección Quinta: “Resolución 0871 de 2011 proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil, ‘Por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y miembros de las Juntas Administradoras Locales, a realizarse el 30 de octubre de 2011”.

Además, como fundamento doctrinario, el consultante cita el Concepto No. 2064 del 27 de julio de 2011, Número Único: 11001-03-06-000-2011-00040-00, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del cual extrae los siguientes apartes:

“II. Reglas generales sobre el tránsito de legislación

Tema ampliamente estudiado y debatido en el derecho es el relacionado con la forma como han de aplicarse las leyes a partir de su vigencia. A manera de resumen, es posible plantear cuatro reglas generales en el derecho colombiano, a saber:

1°. Todas las leyes se aplican hacia el futuro a partir de su vigencia, en el entendido de que no pueden desconocer los derechos adquiridos o situaciones consolidadas y que producen efectos de manera inmediata sobre las meras expectativas y las situaciones en curso.

2°. Constitucionalmente existen dos límites expresos en cuanto a los efectos de las nuevas leyes que debe respetar el legislador: la existencia de derechos adquiridos con justo título en el artículo 58 constitucional y la irretroactividad legal en materia penal del artículo 29. Como excepción que confirma la regla, el artículo 58 permite el sacrificio de los derechos adquiridos con justo título “por motivos de utilidad pública o interés social”, previa indemnización.

3°. El legislador puede definir la forma como cada ley en particular entra a regir, especialmente en relación con las situaciones en curso, estableciendo, si lo considera conveniente, un conjunto de reglas conocidas bajo el nombre de “régimen de transición,” que básicamente determinan las situaciones en curso sobre las cuales la ley derogada tiene efecto ultraactivo, y en las cuales la ley nueva tiene efecto inmediato.

4°. Ante el silencio del legislador sobre la aplicación de la nueva ley a las situaciones en curso, y sin que implique desconocer la vigencia, suele acudir a las reglas contenidas en el Código Civil y en la ley 153 de 1887, cuyo primer artículo establece:

“Artículo 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse un tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes:”

Las reglas de ésta ley definen para múltiples situaciones si el derecho antiguo es ultraactivo o si el nuevo se aplica inmediatamente, sin perjuicio de reconocer la vigencia de la nueva ley, por lo que acudir a su aplicación no implica desconocer la entrada en vigencia de ésta.

Los principios anteriores han sido estudiados en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y a manera de ejemplo se transcriben algunos párrafos de la sentencia C-619 de 2001⁴ de éste último Tribunal en la que expresa:

“4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, [artículos 29 y 58] las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aun no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.”

Con base en lo expuesto, el Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública formula las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. ¿Las incompatibilidades contempladas en el artículo 43, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 1952 de 2019 ¿Impiden la postulación a cargos de elección popular de los ciudadanos que actualmente ostentan los cargos de gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales?

2. Los gobernadores, los alcaldes, los diputados, los concejales y miembros de las juntas administradoras locales elegidos hasta el 31 de diciembre de 2019, ¿pueden legalmente inscribirse como candidatos a los cargos públicos de elección popular que se realizará el 27 de octubre de 2019? O se les aplica la incompatibilidad prevista en el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019.

3. ¿Puede entenderse que la incompatibilidad señalada en el artículo 43, numeral 1, literales a y b, únicamente es aplicable para los nuevos ciudadanos electos como gobernador, diputado, alcalde distritales o municipales (sic), concejal o miembros de

⁴ Nota del Concepto No. 2064 de 2011: “Del 14 de junio de 2001”.

juntas administradora local (sic) y hasta doce (12) meses después, en aplicación de la jurisprudencia y doctrina aplicable?”.

II. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) Observaciones preliminares sobre la consulta; ii) Las inhabilidades e incompatibilidades y el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario; iii) La jurisprudencia del Consejo de Estado alusiva a la incompatibilidad bajo análisis; iv) El campo de aplicación del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019; y v) El caso concreto: La no configuración de las incompatibilidades establecidas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, respecto de los funcionarios mencionados en esta norma, que deseen postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

A. Observaciones preliminares sobre la consulta

Inicialmente, la Sala considera necesario, en aras de la precisión y la claridad, hacer las siguientes observaciones:

1ª) La Sala encuentra que las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

En efecto, tales incompatibilidades no aluden al derecho a ser elegido, ni a la circunstancia de si determinados servidores públicos territoriales pueden inscribirse o no como candidatos para las elecciones territoriales.

Como se verá más adelante, las incompatibilidades citadas se relacionan con la intervención en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente a la de los servidores públicos mencionados en la norma, y con la actuación de estos como apoderados o gestores ante autoridades públicas.

2ª) La Sala observa que la norma que motiva la consulta, no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

En otras palabras, el régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades específico en materia electoral.

La variación, en este caso en el régimen territorial, es de orden temporal, en la medida en que la norma de la consulta extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

3ª) La Sala deja en claro, de manera expresa, que en el presente concepto se refiere única y exclusivamente a las incompatibilidades señaladas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, respecto de las preguntas formuladas en la consulta, de forma que no entra a hacer análisis o consideraciones en relación con otras inhabilidades o incompatibilidades constitucionales o legales, en las cuales eventualmente pudieran incurrir los funcionarios mencionados por dicha norma, que aspiraran a postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

De conformidad con su atribución constitucional y legal, conferida, respectivamente, por el artículo 237-3 de la Carta y el artículo 112-1 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala se debe ceñir a los interrogantes presentados en esta consulta, los cuales delimitan estrictamente el alcance de su pronunciamiento.

Por lo tanto, respecto de la posible existencia de otras inhabilidades e incompatibilidades, en que eventualmente pudieran incurrir los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, que quisieran postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, sería necesario examinar el caso concreto con todos sus elementos, lo cual claramente no es objeto del presente estudio, por cuanto no hace parte de las preguntas de la consulta formulada.

B. Las inhabilidades e incompatibilidades y el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario

La Sala se ha referido en diversas ocasiones a las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos y a su diferencia, como por ejemplo, en el Concepto No. 1097 del 29 de abril de 1998, en el cual hizo la siguiente síntesis:

“Las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad, puede generar la nulidad de elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones

de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6o. de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso”.

En otro Concepto, el No. 1114 del 16 de julio de 1998, la Sala expresó sobre este tema lo siguiente:

“(…) La Constitución Política de 1991 y diversas leyes han establecido una serie de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos en aras de prevenir la corrupción administrativa.

Como señala el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos, ‘las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades ocuparon muy especialmente la atención del Constituyente de 1991, uno de cuyos objetivos fue el de lograr sanear la administración pública y erradicar una serie de vicios que no sólo habían clientelizado a los partidos políticos, sino que además, generaron una notoria incidencia en la administración, afectando la eficiencia y eficacia de la misma’ (Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, pág. 34).

Aunque en algunas normas legales se asimilan las inhabilidades a las incompatibilidades y se emplean como términos sinónimos, son dos conceptos esencialmente distintos, con significado y alcance diferentes.

Sobre este punto señala el mismo doctor Atehortúa, al comentar algunos aspectos novedosos del actual estatuto de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993:

‘Se asimilan y unifican los términos inhabilidad e incompatibilidad como si correspondieran a una misma categoría jurídica, a diferencia del decreto 222, que les daba una connotación diferente e incluso regulaba en forma separada. En adelante, deberá reconocerse el mismo alcance jurídico a las dos expresiones y por lo tanto en materia contractual se tienen como sinónimos.

Esta asimilación en realidad no es técnica pues a diferencia de la inhabilidad que fundamentalmente es un impedimento para contratar, la incompatibilidad es una no concurrencia, que impide dos cosas a un mismo tiempo' (ob. cit. págs. 69 y 70).

Las inhabilidades y las incompatibilidades se deben a la voluntad del constituyente y el legislador de aplicar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades, evitar el tráfico de influencias y el conflicto de intereses, pero por sobre todo, garantizar que haya transparencia y claridad en el manejo de la gestión pública y principalmente en la contratación administrativa.

Las causales de ambas figuras son de rango constitucional o legal, son taxativas, no admiten analogía y son de interpretación restrictiva.

*Aun cuando las inhabilidades e incompatibilidades tienen un afán moralizador no constituyen normas morales, en el sentido de que su existencia depende únicamente **de la ley** y no de la convicción moral de una persona o de un grupo social. Si no se encuentran consagradas en una norma jurídica, no existen.*

A pesar de que alguien pudiera pensar, de acuerdo con su formación y su sentido ético, que determinada conducta debiera considerarse como una inhabilidad o una incompatibilidad, por ser más grave o más lesiva que una que sí está contemplada en la ley; si no está expresamente tipificada en la norma legal, no se puede aplicar.

Las inhabilidades consisten esencialmente en impedimentos para acceder a un cargo público, hacer un trámite o contratar con una entidad estatal y se le aplican a una persona que en el momento en que se configuran, no es servidor público.

Las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada actuación o contratación, por parte de una persona que ocupa un cargo de servidor público.

Las inhabilidades se dirigen al futuro, en el sentido de que afectan a alguien que aspira a determinado cargo público o que proyecta realizar una contratación con una entidad estatal, mientras que las incompatibilidades se dan en el presente, en la medida en que expresan una oposición entre el ejercicio del cargo del servidor público incurrido en ella y la realización de determinada función o contratación”.

La presente consulta se refiere a las incompatibilidades contempladas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, frente a la postulación e inscripción de funcionarios mencionados por esta norma, como candidatos para las elecciones territoriales que se van a desarrollar el próximo 27 de octubre de 2019.

El proyecto de ley que originó la Ley 1952 de 2019, fue de iniciativa del Procurador General de la Nación y comenzó su trámite en la Comisión Primera del Senado de

la República, correspondiéndole los números 55 de 2014 en el Senado y 195 de 2014 en la Cámara de Representantes.

Consultadas las Gacetas del Congreso de la República números 401, 664, 842 y 879 de 2014, y 276, 394, 409, 410, 426 y 555 de 2015, se observa que ni en la exposición de motivos ni en los debates efectuados aparecen de manera expresa, las motivaciones y finalidades de la consagración de la incompatibilidad del numeral primero del artículo 43 de la mencionada ley.

Por otra parte, se aprecia en las Sentencias C-284 de 2016, C-704 de 2017 y C-099 de 2018, relacionadas con las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad al citado proyecto de ley, que no le correspondió a la Corte Constitucional referirse sobre dicha incompatibilidad.

Es así que el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 “[p]or 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.” establece:

“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.” (Subraya la Sala).

El numeral 1 y sus literales son esencialmente iguales a los previstos en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, en la Ley 734 se extiende la incompatibilidad “*desde el momento de su elección hasta cuando esté legalmente terminado el período*”, mientras que el artículo 43 de la Ley 1952 lo hace “*desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.*”

En efecto, el artículo 39 de la Ley 734 de 2002 “[p]or la cual se expide el Código Disciplinario Único”, vigente hasta que entre a regir el nuevo Código General Disciplinario, dispone lo siguiente:

“Artículo 39. 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 cuando esté legalmente terminado el período:

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 prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.” (Subraya la Sala).

Resulta oportuno anotar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, declaró exequible la expresión “*desde el momento de su elección*”, empleada en el numeral 1 del citado artículo 39 en razón de la existencia de cosa juzgada material, porque ya había sido declarada exequible en el anterior Código Disciplinario Único, la Ley 200 de 1995. Dijo la Corte:

“En el presente caso la Sala encuentra que existe cosa juzgada material por cuanto mediante sentencia C-181/02 del 2 (sic, es del 12) de marzo de 2002, la Corte declaró exequible la expresión desde el momento de su elección, contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, a cuyo tenor:

“Los Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales desde el momento de su elección y hasta cuando esté

legalmente terminado el período, así como los que reemplace el ejercicio del mismo, no podrán...”

La disposición subrayada aparece repetida en numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, y a pesar de que el contexto no es idéntico, el contenido material preceptos y finalidad que persiguen es la misma: evitar indebidas interferencias en los asuntos públicos de las personas que habiendo resultado elegidas como gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las Juntas administradoras locales, aún no se han posesionado.

Por las anteriores razones, en relación con la expresión desde el momento de su elección, que figura en el numeral primero del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, la Corte declarará estarse a lo resuelto en sentencia C-181 de 2002, mediante la cual se declaró exequible la misma expresión que aparecía recogida en el artículo 44 de la Ley 200 de 1995”.

En efecto, el artículo 44 de la Ley 200 de 1995, “*Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único*”, que constituye un antecedente remoto de la incompatibilidad analizada, disponía lo siguiente:

“Artículo 44. Otras incompatibilidades.

1. Los Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, así como los que reemplace (sic) el ejercicio del mismo, no podrán:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en procesos o asuntos en los cuales tengan interés el Departamento o el Municipio o el Distrito o las Entidades Descentralizadas correspondientes.

b) Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.

Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deban cumplir en razón del ejercicio de sus funciones.

(...)”. (Subraya la Sala).

La expresión “*desde el momento de su elección*” utilizada en esta norma, fue demandada con otras normas, ante la Corte Constitucional, la cual se pronunció sobre ella, pese a que el término de duración de las incompatibilidades para cada uno de los cargos enumerados, había sido modificado por varios artículos de la

Ley 617 de 2000⁵. Al respecto, la Corte consideró que de todas maneras, la expresión de la Ley 200 de 1995 podía seguir surtiendo efectos en procesos disciplinarios que estuvieran en curso.

Fue así como la Corte Constitucional, en la Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, sostuvo lo siguiente:

“iii) Constitucionalidad de la norma demandada

De acuerdo con las previsiones anteriores, para la Corte es claro que el establecimiento de una incompatibilidad como la consagrada en la norma que se demanda constituye una medida razonable que ha sido avalada –además– por la jurisprudencia constitucional, en tanto que la misma es expresión de la libertad configurativa del legislador y tiene por objetivo la guarda de la integridad de la administración pública.

En estos términos, no resulta desproporcionado que el legislador haya optado por fijarla desde el momento de la elección del servidor público pues, atendiendo a la expectativa previsible que una elección representa para quien resulta favorecido por ella, cabe imaginar que una persona podría incurrir en actos incompatibles con el recto funcionamiento de la administración pública desde el instante mismo en que se lo reconoce como futuro detentador de la función pública. No es reprochable entonces que, en virtud de dicha expectativa, se le exija el comportamiento ético que se le exigiría a un servidor público posesionado de su cargo.

En vista de las consideraciones anteriores, esta Corporación declarará exequible el aparte demandado de la norma, pero únicamente en lo que respecta a la expresión “desde el momento de su elección”. La Corte se inhibe de emitir pronunciamiento en relación con la frase, “ y hasta cuando esté legalmente terminado el período” porque contra la misma el actor no formuló cargo alguno.”

Luego de exponer esta secuencia normativa y jurisprudencial de la incompatibilidad en cuestión, resulta oportuno examinar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la disposición del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el Código Disciplinario Único aún vigente.

C. La jurisprudencia del Consejo de Estado alusiva a la incompatibilidad bajo análisis

⁵ 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”.

Dado que la Ley 1952 de 2019 fue expedida el 28 de enero de esta anualidad, que solamente entra a regir 4 meses después de su sanción y publicación⁶, y que por tanto, no se han celebrado elecciones territoriales bajo su vigencia, no existe jurisprudencia sobre la manera en que opera la incompatibilidad prevista por el artículo 43, numeral 1, literales a y b.

Sin embargo, sí existen pronunciamientos jurisprudenciales de esta corporación en lo que atañe al artículo 39, numeral 1, literales a y b de la Ley 734 de 2002.

Esta precisión es de la mayor importancia, pues como se afirmó en el acápite anterior, el artículo 39 ibídem guarda gran correspondencia con el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019.

En tal razón, se ha encontrado la siguiente jurisprudencia relevante:

Sección Quinta, sentencia del 29 de julio de 2004, radicado 2003-04233:

En este proceso se alegó por el actor que “la demandada no podía ser elegida” Alcaldesa del Municipio de Bello porque se encontraba incurso en la incompatibilidad señalada en la ley, comoquiera que dentro de los 6 meses anteriores a la elección desempeñó el cargo de concejal de esa misma localidad.

Al respecto, la Sala electoral anotó:

“Tercer cargo: violación del artículo 39 de la Ley 734 de 2002

“La norma que se invoca como vulnerada dispone lo siguiente:

(...)

La lectura de la norma muestra que el cargo objeto de estudio tampoco debe prosperar por dos motivos. De un lado, porque regula incompatibilidades que pueden generar consecuencias disciplinarias pero no la nulidad de la elección ni del nombramiento. De otro lado, porque las incompatibilidades señaladas en esa norma para los alcaldes y concejales, entre otros, no se predicán por el desempeño de otro cargo público. Luego, la norma que se invoca como vulnerada no regula el supuesto de hecho que origina el cuestionamiento de la demanda.

A la luz de todo lo expuesto se concluye que los cargos no prosperan. De consiguiente, de acuerdo con el Señor Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación, se confirmará la sentencia objeto de apelación.”

⁶ Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial No. 50.850 del 28 de enero de 2019, fecha que coincide con la de su sanción.

Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de agosto de 2018, radicación 2013-00127

El Consejo de Estado estudió si se configuró la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al estar un Concejal en ejercicio actuando como apoderado o mandatario judicial en un proceso contra el mismo municipio del que es miembro del Concejo.

Dijo la Subsección A de la Sección Segunda:

“La Sala sostendrá la tesis en el sentido que el demandante Carlos Alberto Ballesteros Barón sí infringió la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al haber actuado como apoderado o mandatario judicial de la señora Maryory Rivera Villegas contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal del mismo municipio demandado por las siguientes razones:

*Efectuando una interpretación sistemática del plurinominado artículo 39 el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, se concluye que la norma solo exige que el servidor público de elección popular simplemente **actúe** como apoderado o gestor ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.*

*El verbo rector del tipo que consagra la incompatibilidad es «actuar» cuyo significado es **obrar y comportarse de una determinada manera**.*

Por tal razón, en el plano de las artes escénicas el verbo actuar toma la acepción de interpretar un papel o un libreto en una obra cinematográfica, teatral, radiofónica o televisiva.

*En ese orden, el tipo que describe la mencionada incompatibilidad, **simplemente requiere que el servidor público de elección popular obre o se comporte como un apoderado o gestor ante una entidad y no que lo sea en realidad**. Es decir, la precitada norma no exige que para incurrir en el supuesto fáctico de la incompatibilidad prevista en ella, se deba tener claramente la condición de apoderado o gestor sino que basta que el servidor público actúe o se comporte como apoderado, sin que realmente lo sea.*

*La anterior conclusión se reafirma al analizar el artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, que establece la anterior violación al régimen de incompatibilidades, como una falta gravísima establece que « **Actuar** u omitir a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.»*

Ese es el fin deóntico del citado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, de evitar que un servidor público de elección popular, actúe o se comporte como un apoderado o gestor ante las entidades establecidas en la norma, simultáneamente con el ejercicio de la función pública encomendada por sus electores, porque tal comportamiento lesiona los bienes jurídicos de la moralidad, imparcialidad, transparencia y buen funcionamiento de la administración pública.”

Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado 2013-00587.

En esta ocasión la Sección Segunda al analizar la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular, explicó:

“Analizado todo lo expuesto ut supra, la Sala siguiendo los lineamientos de una sana hermenéutica evidencia que el precitado artículo 39 de la Ley 734 de 2002, numeral 1, literal b) tiene como finalidades las siguientes: i) prevenir que el servidor público de elección popular ejerza simultáneamente con la función pública encomendada alguna práctica profesional que ponga en conflicto el interés general con el particular ; (ii) evitar que el servidor público elegido popularmente obtenga beneficios (que pueden ser pecuniarios o no pecuniarios), dádivas, ventajas, para sí mismo o para otra persona al ejercer simultáneamente la actividad de apoderado judicial particular o gestor ante las entidades señaladas, con las funciones de servidor público elegido popularmente iii) propiciar que el servidor público elegido popularmente le dedique todo su tiempo y esfuerzo al cargo al que ha sido elegido, cumpliendo cabalmente los principios de moralidad, imparcialidad transparencia, eficacia y no defraude a la sociedad ni la confianza ni el voto depositado por sus electores. Es evidente entonces que la citada disposición tiene unos fines legítimos y protectores del Estado Social de Derecho orientados a que los servidores públicos de elección popular cumplan sus funciones bajo el marco de los precitados (sic) principios que rigen la función pública establecidos en los artículos 6, 123, 133 y 209 de la Constitución Política.”

Las transcripciones jurisprudenciales que anteceden permiten a la Sala arribar a las siguientes conclusiones:

i) Las incompatibilidades señaladas en el artículo 39 numeral 1, literales a y b para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales no se predicán por el desempeño de otro cargo público.

ii) La norma tiene como finalidades:

a. Prevenir que el servidor público de elección popular ejerza simultáneamente con la función pública encomendada alguna práctica profesional que ponga en conflicto el interés general con el particular.

b. Evitar que el servidor público elegido popularmente obtenga beneficios (que pueden ser pecuniarios o no pecuniarios), dádivas, ventajas, para sí mismo o para otra persona al ejercer simultáneamente la actividad de apoderado judicial particular o gestor ante las entidades señaladas, con las funciones de servidor público elegido popularmente.

c. Propiciar que el servidor público elegido popularmente le dedique todo su tiempo y esfuerzo al cargo al que ha sido elegido, cumpliendo cabalmente los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y eficacia, y no defraude a la sociedad, ni la confianza ni el voto depositado por sus electores.

D. El campo de aplicación del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019

La consulta se dirige esencialmente a la interpretación de las incompatibilidades contempladas en el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, para lo cual se cita nuevamente su texto:

“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.
(...)”.*

Como se aprecia, esta norma regula los siguientes aspectos:

a. Establece incompatibilidades para desempeñar cargos públicos.

b. Señala a determinados servidores públicos del orden territorial a quienes se aplican esas incompatibilidades, los cuales son los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales.

c. Determina el ámbito espacial de las incompatibilidades, al disponer que estas tienen aplicación en el nivel territorial donde tales servidores públicos hayan

ejercido jurisdicción. Sería más preciso aludir, por la naturaleza de los cargos mencionados, al ejercicio de autoridad y/o de funciones administrativas, según el cargo.

d. Fija el ámbito temporal de las incompatibilidades, el cual es el comprendido desde el momento de su elección y hasta doce (12) meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.

e. Establece las conductas constitutivas de las incompatibilidades, las cuales son dos:

- 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.

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

Ahora bien, la consulta indaga acerca de si en razón de las mencionadas incompatibilidades, los servidores públicos que desempeñan en la actualidad los citados cargos, se encuentran impedidos para inscribirse en las próximas elecciones territoriales a desarrollarse el 27 de octubre de 2019.

A este respecto, resulta pertinente hacer sobre la norma del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, las siguientes observaciones:

1. La norma no se está refiriendo al desempeño de otro cargo.

Conforme se indicó, estas incompatibilidades se refieren a dos conductas muy específicas: la de intervenir en asuntos o actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos, y la de actuar como apoderado o gestor ante entidades o autoridades públicas.

Tales incompatibilidades no se refieren a que el servidor público de uno de los cargos mencionados, desempeñe otro cargo público.

En consecuencia, se observa que por las incompatibilidades objeto de análisis, no hay impedimento de que el servidor público que actualmente esté desempeñando uno de tales cargos, se pueda inscribir como candidato en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, pues si sale elegido y se produce el vencimiento de su actual período o ya se encuentra retirado de su cargo, los doce (12) meses de extensión de las mencionadas incompatibilidades no se le aplican, porque estas se refieren específicamente a intervenir en asuntos de interés de la

entidad territorial correspondiente o actuar como apoderado ante autoridades públicas, no a ejercer otro cargo público.

Así por ejemplo, una persona que actualmente se desempeñe como concejal de un municipio y se inscriba para concejal en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, puede desempeñar su cargo hasta el vencimiento del período actual, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2019 y si sale elegida, puede iniciar su nuevo período como concejal el 1º de enero de 2020, sin que tengan aplicación para esa persona las incompatibilidades del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, pues estas se refieren claramente a la intervención en asuntos del municipio, en este caso, o a la actuación como apoderado ante autoridades públicas, no al ejercicio de otro cargo público.

Así lo determinó, conforme se expuso precedentemente, la citada sentencia de la Sección Quinta del 29 de julio de 2004, al examinar el artículo 39 de la Ley 734 de 2002, norma similar a la del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, cuando expresó que tales incompatibilidades señaladas *“para los alcaldes y concejales, entre otros, no se predicán por el desempeño de otro cargo público”*.

2. El contenido de la primera incompatibilidad.

La norma del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 establece *“otras incompatibilidades”*.

La noción de incompatibilidad, conforme se expresó, se refiere a una prohibición de efectuar una determinada actuación o contratación, por parte de un servidor público.

En otras palabras, consiste en una prohibición de realizar una actividad o una gestión de manera simultánea con el ejercicio de un cargo público, o como dice el doctor Atehortúa Ríos, ya nombrado, *“la incompatibilidad es una no concurrencia, que impide dos cosas a un mismo tiempo”*.

En la norma bajo examen, se advierte que las incompatibilidades del numeral 1 del citado artículo 43, son concretamente las siguientes:

“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”.

Se observa al analizar la primera de las incompatibilidades, que si se hace una interpretación estrictamente literal se presentaría la incompatibilidad por parte de los servidores públicos mencionados por la norma, ya que es evidente que los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales, intervienen en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tiene interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

Tal interpretación no la comparte la Sala por cuanto estaría en contradicción con la noción de incompatibilidad, según la cual esta es una *“no concurrencia que impide dos cosas a un mismo tiempo”*, lo cual no se presentaría en este caso, pues es claro que los mencionados servidores públicos para el ejercicio de sus funciones deben necesariamente intervenir en asuntos de interés de su respectiva entidad territorial.

En otras palabras, el ejercicio de sus funciones administrativas y la intervención en los asuntos de interés de su entidad territorial deben concurrir por lo general en su servicio público y por tanto, no son excluyentes.

En consecuencia, dicha incompatibilidad debe ser interpretada con un sentido lógico, a fin de que constituya una incompatibilidad en el sentido jurídico del término.

Por tanto, la incompatibilidad mencionada en el literal a) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 debe interpretarse en el sentido de que consiste en que el servidor público mencionado por la norma, intervenga, no en ejercicio de sus funciones sino en beneficio propio o personal, en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés la entidad territorial correspondiente o sus organismos.

3. La finalidad de la primera incompatibilidad.

Al establecer el sentido lógico de la incompatibilidad contemplada en el literal a) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, resulta claro que su finalidad consiste en que el servidor público cumpla a cabalidad con el ejercicio de sus funciones y no intervenga en los asuntos, actuaciones administrativas o contractuales de la respectiva entidad territorial o sus organismos para buscar un beneficio personal o particular.

E. El caso concreto: La no configuración de las incompatibilidades establecidas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, en el caso de los funcionarios mencionados en esta norma, que deseen

postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública indaga sobre si las incompatibilidades contempladas en el artículo 43, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 1952 de 2019 impiden legalmente la postulación y elección a cargos de elección popular de quienes actualmente se desempeñan como gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales.

Como ya se anotó, el artículo 43 numeral 1, literales a y b de la Ley 1952 de 2019 son esencialmente iguales a lo previsto por el artículo 39 de la Ley 734 de 2002, salvo en que la Ley 734 extiende la incompatibilidad *“desde el momento de su elección hasta cuando esté legalmente terminado el período”*, mientras que el artículo 43 de la Ley 1952 lo hace *“desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.”*

Tan estrecha similitud justifica atender los pronunciamientos jurisprudenciales que se han emitido sobre el artículo 39, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, fallos que descartan que a partir de tales supuestos normativos se pueda derivar una incompatibilidad que impida elegir válidamente en otros cargos a gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales.

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia de la Sección Quinta transcrita. *“las incompatibilidades señaladas en esa norma para los alcaldes y concejales, entre otros, no se predicán por el desempeño de otro cargo público.”*

Así se desprende claramente de los hechos constitutivos de la incompatibilidad que no es el desempeño de otro cargo público, sino el relacionado con *“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”*, que corresponde al eventual principio de tipicidad de los supuestos de hecho de la consulta formulada.

Se recuerda que las incompatibilidades son tachas normativas que tienen como fin *“asegurar el ejercicio regular de la función pública”*.⁷

Las incompatibilidades al igual que las inhabilidades hacen parte de un régimen jurídico imperativo y de orden público (ius cogens), y comoquiera que limitan la libertad y los derechos de las personas son de origen constitucional y legal; la

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de mayo de 1971.

tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa, y su aplicación e interpretación es restrictiva.⁸

Empero, a diferencia de las inhabilidades que son situaciones anteriores a la elección o nombramiento, las incompatibilidades son posteriores en el tiempo y suponen que el elegido o nombrado tiene unas calidades previas pero incurre en unas causales específicas de prohibición que pueden generar la imposición de una sanción.

Asimismo las incompatibilidades aseguran varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública, como la moralidad y la transparencia, entre otros (C.P. art. 209).⁹

Dicho esto, no podría el intérprete entender -sin violentar la máxima de que las incompatibilidades son de naturaleza y efectos rígidos y taxativos, y su aplicación restrictiva- que el artículo 43, numeral 1, literales a y b de la Ley 1952 de 2019 prohíbe a los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales inscribirse y ser elegidos popularmente a cargos del ámbito departamental y municipal.

No debe dársele a la norma un sentido que carece, pues es claro que lo que proscribe es que los servidores departamentales, municipales y locales puedan durante el período comprendido entre su elección hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio, de manera privada y alejada de la función pública: i) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos, y ii) actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Así se desprende no solo de la lectura atenta de la norma, sino de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el artículo 39 de la Ley 734 de 2002, se repite, disposición similar al artículo 43 de la Ley 1952 de 2019.

Es de observar que ciertamente las incompatibilidades se deben interpretar de acuerdo con su texto literal, pero también de acuerdo con su sentido lógico, para su adecuada comprensión y precisa determinación en cuanto a su alcance, en la medida en que constituyen limitaciones y restricciones legales a las personas que desempeñan funciones públicas.

⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación 2011-00212.

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto de competencias administrativas. Decisión del 18 de julio de 2016. Rad: 2016-00065.

En el caso objeto de análisis, se aprecia claramente que las incompatibilidades del servidor público (gobernador, diputado, alcalde, concejal o miembro de junta administradora local) de intervenir en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés la entidad territorial correspondiente, o sus organismos, o de actuar como apoderado o gestor ante autoridades públicas, se refieren a que tales conductas se realicen en beneficio personal o privado del servidor público, para que tengan un sentido lógico, pues si tales conductas se desarrollan en ejercicio de sus funciones públicas, es evidente que las está haciendo o ejecutando en cumplimiento del servicio público y en consecuencia, no se configuran dichas incompatibilidades¹⁰.

Se busca que no intervenga para beneficio propio en asuntos de interés de la entidad territorial, pues se genera una incompatibilidad entre el ejercicio en forma simultánea de su cargo y esta actividad.

Si tales conductas se realizan en beneficio personal o privado del servidor público, se encuentra que el término de doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio, de extensión de las incompatibilidades, tiene plena justificación legal.

Si las incompatibilidades se refirieran a que tales conductas se ejecutaran en desarrollo de funciones públicas, es claro que el servidor público no podría actuar ni desempeñar su labor, pues no podría intervenir en asuntos o actuaciones administrativas o contractuales de su entidad territorial, ni conferir poder para la defensa de los intereses de esta.

De otro lado, si la incompatibilidad del literal a) del numeral 1 del citado artículo 43 se refiriera a la imposibilidad de postularse e inscribirse como candidato a las elecciones territoriales hasta 12 meses después del vencimiento del período o del retiro del servicio, un diputado o un concejal, por ejemplo, no podrían aspirar a ser reelegidos inmediatamente.

Finalmente, no escapa a la Sala la falta de técnica legislativa en la redacción del artículo 43 de la Ley 1952 y del artículo 39 de la Ley 734.

En efecto, puede surgir de su encabezamiento una confusión que lleva a algunos a pensar que los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales tienen prohibido desde el momento de la elección

¹⁰ Precisamente se observa que el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, el antiguo Código Disciplinario Único, que contemplaba estas incompatibilidades, preveía que “*Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deban cumplir (se refiere a los Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales) en razón del ejercicio de sus funciones*”.

hasta 12 meses después del vencimiento del período o retiro, desempeñar cargos públicos.

Se estima que para llegar a una conclusión como esa debe efectuarse una lectura al revés y por lo mismo contraria a lo que dice la norma, que parta desde los numerales y sus literales hasta el encabezado del artículo.

Es tan imprecisa la redacción normativa, que el numeral 1 se refiere a los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradores locales como titulares de “*jurisdicción*”, cuando para efectos electorales tal concepto solo es propio de quienes administran justicia.

Es claro que un gobernador o un alcalde no ejercen jurisdicción sino funciones administrativas en su territorio, pues se desempeñan como autoridad política, civil y de dirección administrativa del mismo.

De igual manera, los diputados, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales ejercen funciones administrativas. Los dos primeros, al integrar las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, ejercen también funciones de control político sobre las respectivas administraciones territoriales.

En conclusión, no se configuran las incompatibilidades establecidas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, en el caso de los funcionarios mencionados en esta norma, que deseen postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

Finalmente, la Sala deja en claro, de manera expresa, lo siguiente:

- 1) Las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.
- 2) La norma citada no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

El régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, salvo en cuanto dicha norma extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

3) El presente concepto se refiere única y exclusivamente a las incompatibilidades establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 y no alude a otras inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, en las cuales eventualmente pudieran incurrir los funcionarios mencionados por dicha norma, que aspiraran a inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

III. LA SALA RESPONDE

“1. ¿Las incompatibilidades contempladas en el artículo 43, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 1952 de 2019 ¿Impiden la postulación a cargos de elección popular de los ciudadanos que actualmente ostentan los cargos de gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales?”

2. Los gobernadores, los alcaldes, los diputados, los concejales y miembros de las juntas administradoras locales elegidos hasta el 31 de diciembre de 2019, ¿pueden legalmente inscribirse como candidatos a los cargos públicos de elección popular que se realizará el 27 de octubre de 2019? O se les aplica la incompatibilidad prevista en el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019”.

Por su identidad temática se responden las preguntas 1 y 2.

El artículo 43, numeral 1, literales a y b no establece incompatibilidad alguna para que los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales puedan ser postulados y elegidos en cargos públicos en las próximas elecciones territoriales a celebrarse el 27 de octubre de 2019.

“3. ¿Puede entenderse que la incompatibilidad señalada en el artículo 43, numeral 1, literales a y b, únicamente es aplicable para los nuevos ciudadanos electos como gobernador, diputado, alcalde distritales o municipales (sic), concejal o miembros de juntas administradora local (sic) y hasta doce (12) meses después, en aplicación de la jurisprudencia y doctrina aplicable?”.

Toda vez que la Sala considera que en el caso consultado no se configura la incompatibilidad del artículo 43, numeral 1, literales a y b, se abstiene de emitir respuesta a este interrogante.

Finalmente, la Sala deja en claro, de manera expresa, lo siguiente:

1) Las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

2) La norma citada no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

El régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, salvo en cuanto dicha norma extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

3) El presente concepto se refiere única y exclusivamente a las incompatibilidades establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 y no alude a otras inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, en las cuales eventualmente pudieran incurrir los funcionarios mencionados por dicha norma, que aspiraran a inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

Remítase copia al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala