



DOCUMENTOS



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2011-00028-00

Número interno 2.058

**Referencia: SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL
ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL
DE BOGOTÁ.**

Facultad del Presidente de la República para designar su reemplazo durante la falta temporal.

Integración de la terna de candidatos por parte del mismo partido o movimiento político del titular.

Inhabilidad de Secretario del Despacho del Alcalde para ser designado como su reemplazo.

Todos los candidatos de la terna deben estar habilitados para ejercer el cargo.

El Ministro del Interior y de Justicia, doctor Germán Vargas Lleras, formula a la Sala una consulta acerca del procedimiento que debe seguir el Presidente de la República para designar Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá por falta **temporal** del titular, teniendo en cuenta la normatividad vigente, el proce-

diminuto de integración de una terna de candidatos por parte del mismo partido o movimiento político del titular, y la eventual inhabilidad de quien se desempeña como Secretaria del Despacho del Alcalde para ser designada en su reemplazo.

1. ANTECEDENTES

En la consulta se refieren como antecedentes los siguientes hechos:

1. La Procuraduría General de la Nación, mediante auto del 2 de mayo de 2011 dictado dentro del proceso disciplinario radicado con el N° IUS 2010-375030, ordenó la suspensión provisional del doctor Samuel Moreno Rojas, en el ejercicio del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., por el término de tres (3) meses.
2. En el mencionado auto se dispuso comunicar la decisión al señor Presidente de la República, para que procediera a dar inmediato cumplimiento a la mencionada medida de suspensión provisional.
3. El Gobierno nacional expidió entonces el decreto 1390 del 3 de mayo de 2011, “Por el cual se da cumplimiento a una decisión de la Procuraduría General de la Nación que ordena suspender provisionalmente al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y se hace un encargo”.

Mediante dicho decreto se suspende provisionalmente por el término de tres (3) meses, en el ejercicio del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., al doctor Samuel Moreno Rojas; se encarga de las funciones del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. a la doctora María Fernanda Campo Saavedra, Ministra de Educación Nacional, y se dispone solicitar al Polo Democrático Alternativo, partido que inscribió la candidatura del doctor Samuel Moreno Rojas para el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., la remisión de la terna a que se refiere el artículo 106 de la ley 136 de 1994, para proceder a “designar a un alcalde mientras dura el término de la suspensión ordenada por la Procuraduría General de la Nación”.

4. El Polo Democrático Alternativo entregó al Gobierno nacional la terna con los nombres de los tres candidatos, dentro de los cuales se encuentra la persona que desempeña en la actualidad el cargo de Secretaria de Desarrollo Económico de Bogotá D.C.

En la consulta se citan diversas normas constitucionales y legales y algunos apartes de la sentencia del 17 de marzo de 2005 (Rad. 52001-23-31-000—2003-00481-02 (3490)) de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que aunque se refiere a la falta absoluta de un Alcalde municipal, cuyo reemplazo debía ser

designado por un Gobernador, se considera que contiene elementos que eventualmente podrían servir para dilucidar el presente caso.

2. INTERROGANTES

La consulta comprende los siguientes interrogantes:

1. “¿Se encuentra inhabilitada para acceder al encargo por falta temporal del Alcalde Mayor de Bogotá quien se desempeña al momento de proveer el cargo como Secretaria de Desarrollo Económico del Distrito de Bogotá?
2. ¿El procedimiento de la terna previsto en el artículo 106 de la ley 136 de 1994 se encuentra vigente para efectos de suplir las vacancias temporales del Alcalde Mayor de Bogotá?
3. ¿Es viable una terna cuando respecto de uno de sus candidatos se predica una causal de inhabilidad?
4. ¿Se encuentra vigente el artículo 52 del Decreto – Ley 1421 de 1993 para el procedimiento de encargo por falta temporal del titular frente al Acto Legislativo 02 de 2002 que modificó el artículo 323 de la Constitución Política?”.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Marco jurídico de las inhabilidades para ser Alcalde Mayor de Bogotá

El artículo 322 de la Constitución, modificado en su primer inciso por el Acto Legislativo No. 1 de 2000, al organizar la ciudad de Bogotá como Distrito Capital, dispuso que su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

En desarrollo de esta regla constitucional, el artículo 2º del decreto 1421 de 1993¹, “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, establece:

“Artículo 2º.- Régimen aplicable.- El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto

1 El decreto 1421 de 1993 fue expedido por el Gobierno nacional con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 41 Transitorio de la Constitución. Tiene fuerza de ley en virtud de lo dispuesto por el citado artículo.

y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios²”.

De acuerdo con estas reglas, el régimen jurídico de Bogotá está determinado, en primer lugar, por las disposiciones constitucionales especiales para el Distrito Capital, complementadas en lo que estas no regulen por las disposiciones constitucionales de los municipios, y además por las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten y las disposiciones legales vigentes para los municipios.

En materia de inhabilidades para ser Alcalde Mayor de Bogotá no existe disposición constitucional especial, motivo por el cual es necesario remitirse inicialmente a las disposiciones constitucionales vigentes para los municipios. El artículo 293 de la Carta establece sobre la materia la siguiente regla general:

Artículo 293. *Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.*

Con fundamento en la anterior disposición la ley se ocupa de las inhabilidades para cargos de elección popular, en la capital de la república, en el artículo 60 de la ley 617 de 2000³, que dice así:

“Artículo 60.- Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para el Alcalde Mayor, los concejales, los ediles, el contralor y el personero de Santa Fe de Bogotá Distrito Capital.- Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá (sic) Distrito Capital”.

- 2 El Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia del 3 de marzo de 1995 (Exp. 2692) denegó la nulidad de la parte que dice: “En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”.
- 3 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.

En el Capítulo Quinto de esta ley se encuentra el artículo 37, modificatorio del artículo 95, numeral 2º, de la ley 136 de 1994, que trata de las inhabilidades para ser Alcalde y dice así en lo pertinente:

“Artículo 95.- Modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000.- 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.*

(...)” (Resalta la Sala).

Se observa que el artículo 95 de la ley 136 de 1994 alude a varias inhabilidades que operan en tres eventos: para ser inscrito como candidato, para ser elegido o para ser designado como Alcalde. De acuerdo con el numeral 2º del citado artículo 95, está inhabilitado para ser designado Alcalde quien, entre otros motivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la designación haya ejercido, como empleado público, autoridad política o administrativa. Esta regla lleva a analizar si una persona que desempeñe el cargo de Secretario del Despacho al momento de la designación, podría estar inhabilitada para ser designada Alcalde Mayor de la ciudad.

3.2 Inhabilidad de los secretarios del despacho para ser designados en reemplazo del Alcalde Mayor por falta temporal de éste

A partir de la causal de inhabilidad consignada en el numeral 2º del artículo 95 de la ley 136 de 1994, procede enfocar la atención en el “ejercicio de autoridad política o administrativa”, hipótesis que de las varias previstas en esta disposición parece la más cercana al empleo de Secretario del Despacho de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para efecto de contestar a uno de los interrogantes principales de la consulta.

Al respecto se constata en primer lugar que los secretarios del despacho de los alcaldes ejercen autoridad política en virtud de la regla contenida en el artículo 189 de la ley 136 de 1994, el cual establece:

“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" (Resalta la Sala).

Como se aprecia, esta norma atribuye expresamente a los secretarios de las alcaldías, como miembros del gobierno municipal, el ejercicio de **autoridad política**, de manera conjunta con el alcalde.

En segundo lugar se encuentra que los secretarios del despacho del alcalde ejercen **autoridad administrativa** en el campo de su respectiva competencia, por cuanto la ley les ha asignado, junto con los alcaldes, la facultad de dirección administrativa, de acuerdo con el artículo 190 de la ley 136 de 1994, que dice así:

"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" (Destaca la Sala).

La dirección administrativa implica el ejercicio de autoridad administrativa, como ha tenido ocasión de precisarlo la Sección Quinta del Consejo de Estado en varias providencias. Así por ejemplo, en sentencia de 31 de julio de 2009 (Rad. 13001-23-31-000-2007-00785-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo) expresó lo siguiente:

"En efecto, de tiempo atrás ha sido tesis uniforme de esta Sección considerar que "para establecer si el ejercicio de determinado cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa, puede acudirse, o bien a un criterio orgánico, o bien a un criterio funcional. En virtud del primero, es posible entender que el ejercicio de

determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa, por ser ésta es una manifestación de dicha autoridad. Y, acudiendo al segundo, será posible concluir que las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto (...)

*Lo anterior porque "en casos excepcionales el legislador señaló expresamente **algunos empleos públicos que inhabilitan** para el ejercicio de otros empleos públicos -criterio orgánico-. Ese es precisamente el caso de **los Secretarios de la Alcaldía** y Jefes de Departamento Administrativo, a quienes, independientemente de las funciones asignadas, la ley consideró que son empleos que **implican el ejercicio de autoridad política**".*"⁴ (Subraya la Sala).

Como de lo expuesto claramente se infiere, los secretarios de la alcaldía son servidores públicos que ejercen tanto autoridad política como autoridad administrativa y, en consecuencia, se encuentran comprendidos dentro de la inhabilidad para ser alcalde descrita en el numeral 2 del artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000, si han desempeñado ese cargo dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección o designación del Alcalde.

3.3 EL PROCEDIMIENTO PARA REEMPLAZAR AL ALCALDE MAYOR

En lo relativo al procedimiento que ha de seguirse para reemplazar al Alcalde Mayor cuando este falte, debe considerarse inicialmente el artículo 323 de la Constitución, que dice así:

"Artículo 323.- Artículo modificado por el artículo 5° del Acto Legislativo No. 2 de 2002.

Inciso primero modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo No. 3 de 2007.- El Concejo Distrital se compondrá de cuarenta y cinco (45) concejales.

En cada una de las localidades habrá una junta administradora elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años que estará in-

⁴ Cita de la Sección Quinta en la sentencia mencionada: Sentencia del 3 de julio de 2003, expediente 3068.

tegrada por no menos de siete ediles, según lo determine el concejo distrital, atendida la población respectiva.

La elección de alcalde Mayor, de concejales distritales y de ediles se hará en un mismo día por periodos de cuatro (4) años y el Alcalde no podrá ser reelegido para el período siguiente.

*Siempre que se presente **falta absoluta** a más de dieciocho (18) meses de la terminación del periodo, se elegirá Alcalde Mayor para el tiempo que reste. En caso de que faltaren menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará al Alcalde Mayor para lo que reste del periodo, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el Alcalde elegido.*

Los alcaldes locales serán designados por el Alcalde Mayor deterna enviada por la correspondiente junta administradora.

En los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde Mayor.

Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas”.

Es de anotar que el artículo 323 del ordenamiento superior únicamente regula el procedimiento para reemplazar al Alcalde Mayor de Bogotá en caso de **falta absoluta**, según que la falta se produzca a más o a menos de 18 meses para la terminación del periodo, pero nada dispone respecto de **la falta temporal**⁵. Dada esta situación, deberá acudirse a la normatividad especial del decreto 1421 de 1993 y a la legal de los municipios, que sí establecen reglas sobre el particular.

Así, el artículo 51 del decreto 1421 de 1993 dispone:

“Artículo 51.- Suspensión.- El Presidente de la República suspenderá al Alcalde Mayor cuando así lo soliciten el Procurador General de la Nación, un juez de la República o cualquier otra autoridad facultada para ello por la ley, y designará su reemplazo temporal conforme a las previsiones de este decreto.

(...)”.

“Las previsiones de este decreto”, a que alude la norma, se encuentran en el artículo siguiente, el 52, que establece:

5 El artículo 42 del decreto 1421 de 1993 establece cuáles son las faltas absolutas y cuáles las temporales del Alcalde Mayor, señalando dentro de éstas últimas “la suspensión por orden de autoridad competente”.

“Artículo 52.- Calidades del reemplazo.- En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del Alcalde Mayor, deberá escoger a una persona que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular”.

En resumen, la falta absoluta del Alcalde Mayor se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 323 de la Constitución, y la falta temporal por suspensión se suple de acuerdo con los artículos 51 y 52 del decreto 1421 de 1993, de acuerdo con los cuales la suspensión del Alcalde Mayor da lugar a designar, en su reemplazo, a una persona del mismo partido o movimiento político del titular.

Cabe señalar que el citado artículo 52 no contraría lo dispuesto en el artículo 323 de la Carta y que, por el contrario, las dos normas se complementan. Por tanto, mal podría considerarse que el artículo 52 del decreto 1421 de 1993 haya sido “derogado” por la norma constitucional sobreviniente en virtud del Acto Legislativo N° 2 de 2002. En efecto, el artículo 323 de la Carta prevé que, en caso de falta absoluta, si faltan menos de 18 meses para el vencimiento del período, se designará a una persona del mismo partido o movimiento político. El artículo 52 del decreto 1421 de 1993, por su parte, dispone que “en todos los casos”, esto es, en el caso de falta absoluta, a menos de 18 meses de la terminación del período, o en el caso de falta temporal por suspensión, se designará a una persona del mismo partido o movimiento político del titular.

A las anteriores disposiciones se agrega el artículo 106 de la ley 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, que tampoco ha sido “derogado” por la reforma constitucional de 2002. Esta norma establece un procedimiento especial para escoger a “la persona del mismo partido o movimiento político del titular”, e indica que, en los eventos de falta absoluta o suspensión, la designación se hará a partir de una terna de candidatos presentada por el partido o movimiento político del titular. Dice así:

“Artículo 106.- Designación.- El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los Gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán Alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el Alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el secretario de gobierno o único del

lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.

El Alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático” (Destaca la Sala).

Tiene interés destacar que el segundo inciso del artículo 106 de la ley 136 de 1994 descarta expresamente la figura del encargo, como medio de reemplazo del Alcalde del Distrito Capital, cuando la falta temporal de este tenga origen en la suspensión. De donde resulta que la “designación” es un medio de sustitución del titular que tiene entidad jurídica propia, y que de acuerdo con la legislación está directamente relacionada con la restricción impuesta al nominador consistente en que la designación únicamente puede recaer en uno de los candidatos que en forma de terna le propone el partido o movimiento político del alcalde titular.

3.4 LOS TRES TERNADOS DEBEN SER HÁBILES

La tercera pregunta de la consulta indaga acerca de si es “viable” una terna cuando respecto de uno de los candidatos se predica una causal de inhabilidad. En otras palabras: ¿El nominador está obligado a designar a partir de una terna en que uno o dos de los candidatos no cumplen con los requisitos exigidos para el cargo o están inhabilitados? O se trata de una circunstancia que, de alguna manera, desintegra la terna e impide proseguir con el trámite de designación?

Para responder a estos interrogantes se observa que la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, establece una perentoria prohibición en el artículo 35 que, en lo pertinente, dice así:

“Artículo 35. Prohibiciones. *A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.”

El artículo 36 de la misma ley 734 incorpora a este estatuto las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley. La ley 734, además, tipifica como falta gravísima la siguiente conducta:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. 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.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concorra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.”

Finalmente, el artículo 44 numeral 1 del Código Disciplinario Único establece la sanción de destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

Como bien puede apreciarse, no puede tomarse a la ligera la existencia de una inhabilidad en quien ha sido postulado para desempeñar un destino público, pues puede implicar falta disciplinaria gravísima no solo para quien, advertido de esa posibilidad, designe, sino también para quien “postule o intervenga en la postulación” de una persona inhabilitada.

Es claro, por consiguiente, que la terna se debe componer siempre de tres (3) candidatos plenamente habilitados para ejercer el cargo al cual se postulan, ya que si uno o dos de ellos presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad o impedimento legal para ser nombrado en el cargo, la terna se desintegra. Esta anomalía no es indiferente para la ley, que la sanciona severamente a efecto de que se respete la exigencia de que la terna propuesta por los postulantes no solo cumpla con requisitos de forma, sino que materialmente esté integrada por tres candidatos idóneos para desempeñar el cargo respectivo.

LA SALA RESPONDE

1. “¿Se encuentra inhabilitada para acceder al encargo por falta temporal del Alcalde Mayor de Bogotá quien se desempeña al momento de proveer el cargo como Secretaria de Desarrollo Económico del Distrito de Bogotá?”

1. Quien esté desempeñando las funciones de Secretario del Despacho en el Distrito Capital de Bogotá, al momento de la designación, se encuentra inhabilitado y, por tanto, no puede ser designado como Alcalde Mayor de Bogotá en reemplazo del Alcalde titular, en caso de falta temporal de éste.

“2. ¿El procedimiento de la terna previsto en el artículo 106 de la ley 136 de 1994 se encuentra vigente para efectos de suplir las vacancias temporales del Alcalde Mayor de Bogotá?”

“4. ¿Se encuentra vigente el artículo 52 del Decreto – Ley 1421 de 1993 para el procedimiento de encargo por falta temporal del titular frente al Acto Legislativo 02 de 2002 que modificó el artículo 323 de la Constitución Política?”.

2. El procedimiento de postulación mediante una terna, previsto en el artículo 106 de la ley 136 de 1994, se encuentra vigente para suplir las vacancias temporales por suspensión del Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

El artículo 52 del Decreto 1421 de 1993 es la norma vigente en relación con el procedimiento que debe seguirse para designar el reemplazo del Alcalde Mayor de Bogotá D.C. en caso de falta temporal.

“3. ¿Es viable una terna cuando respecto de uno de sus candidatos se predica una causal de inhabilidad?”

3. La terna debe ser siempre de tres candidatos plenamente habilitados para desempeñar el cargo para el cual son postulados.

Transcribase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Consejero

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala