



Función Pública

Concepto 228411 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000228411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000228411

Fecha: 28/06/2021 03:35:19 p.m

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para aspirar nuevamente al cargo por fallo de nulidad de la elección. Concejal. Inhabilidad para aspirar al cargo de alcalde. Rad. 20212060468152 del 9 de junio de 2021.

La Comisión Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-AJ-2021-0600 del 4 de junio de 2021, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual informa que por sentencia proferida el 22 de abril del 2021 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se declaró la nulidad de la elección de la alcaldesa del municipio de Tibú. Teniendo en cuenta que se encuentra en proceso para convocar a elecciones atípicas en el municipio y que la sentencia declara la nulidad, mas no la inhabilita para ocupar cargos públicos, consulta si esta persona puede inscribirse ante la Registraduría para participar en la contienda electoral atípica inmediata sin que incurra en alguna inhabilidad o debe esperar un nuevo período electoral. Así mismo consulta si el presidente del honorable concejo municipal puede inscribirse para aspirar a alcalde en el período que resta 2021-2023.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Para desatar la consulta, es necesario analizar la diferencia entre un fallo de nulidad electoral (como el expuesto en la petición) y la decisión judicial de la pérdida de la investidura.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su concepto No. 2248 del 30 de abril de 2015, con ponencia del Consejero German Alberto Bula Escobar, señaló lo siguiente:

“B. Los efectos de la nulidad electoral en el tiempo

En sentencia del 3 de noviembre de 2005 la Sección Quinta del Consejo de Estado explica los efectos retroactivos de los fallos de nulidad electoral, así:

“La anulación de los actos administrativos produce efectos ex tunc lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás; es así que declarada la nulidad de la elección, el acto administrativo respectivo desaparece de la vida jurídica y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto afectado de nulidad, es por ello que la elección del alcalde de Guatavita, para el período 2001-2003, después de ser anulada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, deja de existir y por la misma razón, debe entenderse que el señor Sarmiento Jiménez nunca fue elegido alcalde del municipio de Guatavita durante el período 2001-2003. Lo anterior, no significa que los actos administrativos expedidos por quien ejerció el cargo y posteriormente fue declarada la nulidad de su elección, desaparezcan de la vida jurídica, porque los mismos están amparados por la presunción de legalidad y sus efectos no desaparecen por razón de la nulidad del acto de elección. En este orden de ideas, forzoso es concluir que en el sub lite no se configuró la reelección inmediata del señor José Moisés Sarmiento Jiménez como alcalde del municipio de Guatavita y en consecuencia no hubo lugar a la violación del Artículo 314 constitucional. El cargo no prospera.”³

(...)

Para el análisis se parte del hecho de que se trata de una situación que se presenta para elegir un Gobernador o un Alcalde Municipal.

En la hipótesis que se analiza para esta consulta, si bien es cierto que se declaró la nulidad de la elección, la señalada decisión judicial no comporta una sanción pues obedeció a un control de legalidad del correspondiente acto administrativo. Al no ser una sanción no se configura por ese solo evento una causal de inhabilidad.

Por otra parte y para efectos electorales, debido a los efectos ex tunc del fallo, se considera que en principio el ciudadano a quien se le decretó la nulidad de la elección no desempeñó el cargo y no está cobijado por la prohibición de reelección.

(...)

Ahora bien, de la situación fáctica de la consulta también se infiere que la nulidad de la elección se produjo faltando más de 18 meses para la terminación del período de quien se reemplazó, pues solo así se podría celebrar una elección atípica según los Artículos 303 y 314 de la Constitución Política.

Dicen los mencionados Artículos:

“ARTÍCULO 303. Artículo modificado por el Artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento.

Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.”

"ARTÍCULO 314. Artículo modificado por el Artículo 3 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución."

Tal precisión es importante porque permite concluir que dentro de los 12 meses anteriores a la próxima elección, el afectado por la nulidad no habrá ejercido el cargo al que pretende nuevamente aspirar. Esta circunstancia impide que se configuren las inhabilidades previstas en el numeral 3 del Artículo 30 y numeral 2 del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que rezan:

"ARTÍCULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

(...)

3. 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 departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. "

"ARTÍCULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio."

3. La Sala RESPONDE:

¿Puede la persona cuya elección fue declarada nula postularse al mismo cargo de elección popular, teniendo en cuenta que entre el período en que ejerció la función pública y el período para el que se postula medió la elección de otro servidor público?

En las circunstancias anota en la pregunta, y con base en las actuales legislación y jurisprudencia, la persona cuya elección fue declarada nula

puede postularse al mismo cargo de elección popular.

Sin perjuicio de lo anterior, el ciudadano interesado deberá observar el régimen general de inhabilidades previsto en la Constitución y la ley, como si se tratara de cualquier otro aspirante.” (Se subraya).

Del citado pronunciamiento, y para efectos de la consulta, se pueden extraer las siguientes premisas:

· La anulación de los actos administrativos produce efectos *ex tunc* lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás; es así que declarada la nulidad de la elección, el acto administrativo respectivo desaparece de la vida jurídica y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto afectado de nulidad, y por ello, la elección del alcalde después de ser anulada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, deja de existir y por la misma razón, debe entenderse que nunca fue elegido alcalde

· La declaración de nulidad de la elección no comporta una sanción pues obedeció a un control de legalidad del correspondiente acto administrativo. Al no ser una sanción no se configura por ese solo evento una causal de inhabilidad.

· El ciudadano a quien se le decretó la nulidad de la elección no desempeñó el cargo y no está cobijado por la prohibición de reelección.

· La persona cuya elección fue declarada nula puede postularse al mismo cargo de elección popular, sin perjuicio del régimen general de inhabilidades previsto en la Constitución y la ley, como si se tratara de cualquier otro aspirante.

Según la información suministrada en la consulta, la jurisdicción contenciosa emitió sentencia de nulidad sobre la elección del alcalde. No obstante, esta situación no genera *per se* una inhabilidad para postularse a otro cargo de elección pues esta consecuencia no está contemplada en la declaratoria de nulidad de la elección, situación diferente a los fallos de responsabilidad penal o disciplinaria. Esto significa que mientras no exista uno o varios fallos en este sentido (sancionatorios) relacionados con los hechos expuestos en la consulta, no se configurará una inhabilidad.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica, respecto a la posible inhabilidad por la declaratoria de nulidad de la elección, concluye lo siguiente:

1. El fallo de nulidad de la elección de alcalde no genera por sí solo la inhabilidad para ejercer el mismo u otro cargo de elección popular.
2. Mientras no exista un fallo sancionatorio, sea por pérdida de la investidura, sanción penal u otra sanción disciplinaria que impliquen inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, el alcalde sobre el cual recayó el fallo de nulidad, podrá postularse para la elección de un cargo de elección popular.

En cuanto a la inhabilidad de un concejal para aspirar al cargo de alcalde, el Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, dispone:

“ARTÍCULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal,

haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...).(Se subraya)"

De acuerdo con la normativa anteriormente citada y para el caso materia de estudio en este concepto, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado gobernador, alcalde municipal o distrital o concejal 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 departamento o municipio, respectivamente, 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 departamento o municipio.

No basta el ejercicio de poder civil, administrativo, político o militar, sino que éste debe ejercerse en calidad de empleado público y por tanto, debe establecerse si quien aspira al cargo de elección popular tenía tal carácter.

De conformidad con la misma Carta (Artículo 123), los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así, debe entenderse que los concejales, si bien son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados públicos y en tal virtud, la inhabilidad contenida en el numeral 2 del Artículo 37 de la ley 617 de 2000 no les aplica.

Adicionalmente, sobre las incompatibilidades correspondientes a los concejales, la Ley 136 de 1994, "*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*", señala:

"ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas.

(...).(Se subraya).

"ARTÍCULO 47.- Duración de las incompatibilidades. <Modificado por el art. 43, Ley 617 de 2000>. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior."

De acuerdo con los textos constitucionales y legales citados, mientras una persona tenga la calidad de concejal, no podrá aceptar cargo alguno en la administración pública. Esta incompatibilidad tiene vigencia hasta la terminación de su período o 6 meses desde la aceptación de su renuncia si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere mayor.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un concejal no se encuentra inhabilitado para postularse a ser elegido alcalde municipal, pues no goza de la calidad de empleado público. No obstante, deberá presentar su renuncia y ésta ser aceptada antes de su inscripción como candidato y en caso de ser elegido, no podrá tomar posesión del cargo hasta pasados 6 meses a partir de la aceptación de la renuncia, si el término para la terminación de su período constitucional como concejal es superior.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:10:56