



Función Pública

Concepto 211131 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000211131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000211131

Fecha: 16/06/2021 09:10:28 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para aspirar nuevamente al cargo por fallo de nulidad de la elección. Rad. No. 20219000439782 del 23 de mayo de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que el 22 de abril del 2021 por el Tribunal administrativo de Norte de Santander, declaró la nulidad electoral de la alcaldesa elegida del municipio. 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 periodo electoral.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para certificar situaciones relacionadas con las posibles inhabilidades de los servidores públicos, incluyendo los de elección popular. No obstante, se suministrará la información legal y jurisprudencial relacionada con el caso, con el objeto de que adopten las decisiones respectivas.

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, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta, con ponencia del Consejero, emitió un fallo de

“Diferencias entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura^[45] -Reiteración de jurisprudencia-

21. El actor argumenta que el Consejo de Estado debió declarar la pérdida de investidura de la señora Ramírez Cardona porque con anterioridad había declarado la nulidad de la elección por los mismos hechos. En principio este argumento parece ajustado a una lógica judicial del precedente, sin embargo omite un hecho importante y es que los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura tiene una naturaleza totalmente diferente, tal y como este Tribunal y el Consejo de Estado lo han reiterado en diversas ocasiones.

22. La nulidad electoral ha sido definida por esta Corporación como una “*acción pública, especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de carácter electoral, a la que puede acudir cualquier persona en el plazo indicado por la ley y que procede contra actos de elección o nombramiento*”^[46]. Así, constituye un medio para discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto a la voluntad del elector^[47].

23. Adicional a esto, la Corte recientemente ha depurado una definición precisa de los principales elementos de esta acción, así:

<<La acción de nulidad electoral se tramita y decide a través de un proceso especial cuyo objeto es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. De la naturaleza de esta acción se destaca su carácter público, ya que cualquier persona (bajo la normativa anterior estaba reservada a los ciudadanos) puede solicitar la nulidad de los actos electorales referidos teniendo en cuenta que quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley. (...)>>^[48].

(...)

25. A partir de las numerosas coincidencias de estas definiciones se pueden destacar varios elementos propios de la acción de nulidad electoral que han sido recogidos ya por la jurisprudencia constitucional y administrativa:

25.1 En primer lugar, se trata de una acción pública que puede ser ejercida por el Ministerio Público y por cualquier ciudadano que quiera discutir la legalidad del acto de elección.

25.2 La acción de nulidad electoral tiene la finalidad de “*preservar las condiciones de elección y de elegibilidad constitucional y legalmente establecidas*”^[52]. Por eso, su objetivo principal es el de “*garantizar la constitucionalidad y legalidad de la función administrativa, de tal manera que se preserve la pureza y eficacia del voto, el uso adecuado del poder administrativo para designar servidores públicos en virtud del mérito y condiciones profesionales, así como la validez de los actos administrativos que regulan de manera general aspectos de contenido electoral, tendiente a materializar el principio de democracia participativa como base esencial del Estado Social de Derecho*”^[53].

25.3 El principio *pro actione* es propio de este recurso, lo que quiere decir que “*las normas procesales son instrumentos o medios para la materialización del derecho sustancial*”^[54].

25.4 Los procesos electorales se originan en la violación de las disposiciones que regulan los procesos y decisiones electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que existe para los ciudadanos elegidos por votación popular para ocupar cargos públicos^[55].

25.5 Las pretensiones en la acción de nulidad electoral solo están dirigidas a: i) restaurar el orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional, es decir, aquellas que busquen dejar sin ningún efecto jurídico la regulación electoral, la elección o nombramiento irregulares;

ii) retrotraer la situación abstracta anterior a la elección o nombramiento irregular; y iii) sanear la irregularidad que constató el acto ilegal. Por el contrario, en la acción electoral no son viables las pretensiones dirigidas a obtener el reconocimiento de derechos concretos o la declaración de situaciones subjetivas a favor de la parte demandante^[56].

25.6 La acción deja sin efectos un acto administrativo de contenido electoral, previa invocación, sustentación y prueba del hecho alegado que debe encontrar tipificación en una de las causales de nulidad del acto acusado, dispuestas por la ley^[57].

25.7 Por ser una acción de nulidad, la sentencia tendrá efectos erga omnes, es decir generales, por lo que “cobijará incluso, desde el punto de vista electoral, a todos aquéllos que pudiendo haber participado en el proceso, se marginaron voluntariamente del mismo o no concurrieron a él”^[58].

25.8 La acción electoral constituye uno de los instrumentos legales dispuestos para sancionar una situación irregular en la que puede incurrir cierta clase de funcionarios públicos que están inhabilitados para ocupar un cargo de elección popular; proceso que goza además de todas las garantías del debido proceso sancionador, bajo las especificidades propias, según su naturaleza y finalidad^[59].

26. A su turno, la jurisprudencia constitucional ha definido la acción de pérdida de investidura de la siguiente manera:

<<La pérdida de investidura regulada en el artículo 183 de la Constitución, actúa como una sanción para los congresistas que incurran en vulneración del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, que les son aplicables (numeral 1º); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2º y 3º) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4º y 5º). Se concibe como una garantía constitucional que busca preservar la intangibilidad del Congreso de la República en caso de que uno de sus miembros deba ser investigado con base en circunstancias que puedan conducir a la pérdida del cargo de elección popular>>^[60].

27. De la misma manera, el Consejo de Estado ha definido dicha acción de manera reiterada bajo el siguiente concepto:

<<La institución de la pérdida de investidura tiene como propósito la moralización y legitimación de la institución política de representación popular. La acción de pérdida de investidura es una acción constitucional que se enmarca dentro de los principios de taxatividad constitucional, de legalidad, y sometimiento a las garantías del debido proceso. Así, conforme al principio de taxatividad, la Constitución incluye las conductas de los parlamentarios constitutivas de causales de pérdida de investidura. La acción de pérdida de investidura está gobernada por el principio de legalidad, del cual deviene la postulación básica de la preexistencia normativa de la falta, la pena y las fórmulas sustanciales del juicio. En otras palabras, la preexistencia de las conductas que la originan, cuya interpretación es restrictiva en la medida en que dichas conductas afectan derechos, así como de la sanción que se impone y el procedimiento que se sigue. El debido proceso, aplicable por mandato constitucional a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales (artículo 29 de la Constitución Política), soporta el aludido principio de legalidad, preserva el juez natural y garantiza las ritualidades propias del juicio>>^[61].

28. Al igual que con la acción de nulidad electoral, contrastar la definición de las jurisdicciones constitucionales y administrativa de la pérdida de la administrativa permite resumir ciertos elementos esenciales de la misma, así:

28.1 La pérdida de investidura constituye “un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta que deben observar los congresistas en razón al valor social y político de la investidura detentada. Una vez aplicada la sanción, el congresista pierde su calidad de tal y además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Esta sanción particularmente drástica se estableció en la Constitución, con fundamento en la altísima dignidad que supone ser Representante a la Cámara o Senador, a los intereses sociales que representa en virtud de la confianza depositada por los electores y a la significación del Congreso dentro del Estado Democrático”^[62].

28.2 El proceso de pérdida de investidura, de acuerdo con lo indicado en la Constitución, se tramita en un término especialmente breve, en las condiciones que establezca la ley y es de competencia exclusiva de la Sala Plena del Consejo de Estado. Tal proceso solamente puede iniciarse

en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Constitución establece. De esta forma, la pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio, por lo que de forma general está sujeta “a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las especiales modulaciones necesarias para el cumplimiento de los fines constitucionales. Esas modulaciones encuentran fundamento en las características propias de la institución, particularmente, en la gravedad de la sanción que se origina en la incursión en un conjunto muy variado de infracciones y la brevedad del término con el que cuenta el Consejo de Estado para emitir la decisión. Entonces, no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional, por esa razón, requiere de la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso dispuesto en el artículo 29 de la Constitución”^[63].

(...)

29. Las consideraciones anteriores permiten afirmar con claridad, como ya lo ha hecho este Tribunal en reiteradas ocasiones^[65], que las acciones electorales y de pérdida de investidura de congresistas tienen objetos y finalidades diferentes, aunque pueden recaer sobre el mismo ciudadano. En efecto, mientras la acción electoral se orienta a preservar la pureza del sufragio y el principio de legalidad de los actos de elección de los congresistas, la acción de pérdida de investidura, tiene como finalidad sancionar al elegido por la incursión en conductas que contrarían su investidura, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses^[66]. De hecho, a pesar de que las causales de nulidad electoral pueden ser las mismas que las causales de pérdida de investidura, en tanto que algunas de ellas regulan requisitos de inelegibilidad, lo cierto es que el objeto de los dos procesos es distinto. Mientras que el primero se dirige a dejar sin efectos la elección (contenido objetivo), el segundo afecta directamente la calidad de congresista (contenido subjetivo).

(...).”

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

La acción de nulidad electoral tiene la finalidad de “preservar las condiciones de elección y de elegibilidad constitucional y legalmente establecidas” La pérdida de investidura constituye “un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta

Las pretensiones en la acción de nulidad electoral solo están dirigidas a: i) restaurar el orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional, es decir, aquellas que busquen dejar sin ningún efecto jurídico la regulación electoral, la elección o nombramiento irregulares; ii) retrotraer la situación abstracta anterior a la elección o nombramiento irregular; y iii) sanear la irregularidad que constató el acto ilegal. La acción de pérdida de investidura, tiene como finalidad sancionar al elegido por la incursión en conductas que contrarían su investidura, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

La acción de nulidad deja sin efectos un acto administrativo de contenido electoral. La acción de pérdida de la investidura afecta directamente la calidad del elegido.

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 pérdida de la investidura o de responsabilidad penal o disciplinaria. Esto significa que mientras no exista uno o varios fallos que declaren responsabilidad de la persona que fue elegida como alcalde y cuyo nombramiento fue declarado nulo, no se configurará una inhabilidad.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica 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, la persona sobre la cual recayó el fallo de nulidad, podrá postularse para la elección de un cargo de elección popular. En tal virtud, podrá inscribirse y participar en las elecciones atípicas para ser elegida alcaldesa.

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: 2024-12-04 13:49:18