



Función Pública

Concepto 73971 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000073971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000073971

Fecha: 10-03-2019 10:22 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Fecha desde la cual se configura la inhabilidad. RAD. 20199000037772 del 4 de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si la fecha a considerar para efectos de la inhabilidad para aspirar a cargos de alcalde y gobernador es la fecha de elección o la de inscripción, me permito informarle lo siguiente:

Para aspirar al cargo de gobernador, el artículo 30 de la Ley 617 de 2000, dispone:

"ARTICULO 30. INHABILIDADES PARA SER GOBERNADOR. 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 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 departamento.

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

(...)."(Se subraya)"

En cuanto al cargo de Alcalde, el artículo 37 ibídem, Indica:

"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.

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

(...). (Se subraya).

De acuerdo con la norma anteriormente citada, los términos que debe considerarse para no incurrir en la inhabilidad y presentar para ello la respectiva renuncia, está referido a la fecha de elección, entendiéndose por esta, el día que se realiza la elección de gobernador y/o de alcalde. No obstante, el tema ha sido interpretado por algunos como la fecha en la cual se declara al ganador de la votación o la fecha de inscripción de la candidatura, razón por la cual debemos acudir a los análisis efectuados por el Consejo de Estado, que en concepto emitido por la Sala de Consulta Civil el 27 de julio de 2018, precisó:

"A juicio de la Sala, el término de las inhabilidades consagradas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, comienza a regir doce (12) meses antes del día de la elección, entendida esta como el día en el cual se realizan las votaciones.

Esta afirmación encuentra sustento en los siguientes argumentos:

i) El legislador estableció de forma clara y expresa el ámbito temporal de las inhabilidades consagradas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, indicando que estas tienen lugar "dentro de los doce (12) meses anteriores" a la "elección" o a la "fecha de la elección".

Por lo tanto, atendiendo la claridad de la norma y siguiendo el aforismo que señala que cuando el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete, no existe duda de que el ámbito temporal de las referidas inhabilidades inicia doce (12) meses antes a la fecha de la elección.

ii) Los términos "elección" y "fecha de la elección" al que se refieren las disposiciones estudiadas corresponden al día en que se celebrarán los comicios electorales. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El acto que declara la elección, como se desprende de su propia naturaleza, no es constitutivo, sino simplemente declarativo de la elección. Así, en decisión del 16 de junio 2009, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sostuvo:

"En Colombia, el proceso administrativo electoral está compuesto por varios actos, algunos de ellos actos administrativos, como sucede con el acto preparatorio de inscripción, con el cual se da inicio al procedimiento o el acto de declaratoria de elección que culmina el mismo, sin embargo, no son estos los únicos que hacen parte del procedimiento, pues asimismo forman parte de éste, el acto de apertura de las urnas, el sufragio, los actos de escrutinio, los actos que resuelven las reclamaciones e inconsistencias, etc., los cuales hacen parte del proceso de elección.

Por supuesto, el sufragio tiene distinta connotación a la elección y, éstos, a su vez, difieren del acto de declaratoria de elección.

En efecto, el sufragio o voto es el instrumento democrático a través del cual los ciudadanos manifiestan de manera individual su voluntad política, bien sea en la elección de los gobernantes o de los representantes de la colectividad ante las Corporaciones Públicas de elección popular o en la adopción de decisiones a través de los distintos mecanismos de participación ciudadana previstos por el ordenamiento jurídico, de manera que el sufragio, en nuestro sistema está concebido como un derecho y un deber ciudadano que puede tener función electoral o no.

La elección popular, por su parte, es el mecanismo que en el régimen democrático se sigue para la escogencia de los gobernantes y de los representantes a las Corporaciones Públicas, la cual surge de la expresión conjunta de la ciudadanía, en quien reside, en nuestro sistema electoral, exclusivamente y de manera directa tal facultad, inferencia que se extrae de la hermenéutica que informa los artículos 40.1, 258, 260 y 263 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo anterior se puede inferir que el acto administrativo que profiere la autoridad electoral, en virtud del mandato contenido por el numeral 7 del artículo 265 de la Constitución, como su denominación lo indica, tiene efectos puramente declarativos, porque se limita a reconocer la expresión de la voluntad política del electorado, manifestada a través del sufragio, proclamando la elección del candidato o los candidatos escogidos por la ciudadanía, al culminar el proceso electoral desarrollado conforme a lo previsto por el ordenamiento jurídico, de manera que la concepción del actor no se compadece con la naturaleza y el efecto jurídico de dicho acto administrativo, en cuanto sostiene que la elección se produce en el momento en que el órgano electoral efectúa la declaración en tal sentido. Tal interpretación equivale a afirmar que el acto que declara la elección tiene efectos constitutivos, esto es, efectos creadores de la situación jurídica del candidato electo que, dicho en otros términos, se traduce en aseverar que el órgano electoral es quien elige a los gobernantes y a los representantes de la colectividad ante las Corporaciones Públicas de designación popular, dejando de lado la noción del régimen político democrático que denota la organización del Estado Social de Derecho, en los términos del artículo 1º de la Constitución, donde el sujeto titular del poder político es el pueblo, principio dogmático que orienta la hermenéutica de las cláusulas constitucionales atinentes al poder político¹.

Igualmente, en otra oportunidad se indicó:

"[E]s al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho así el acto administrativo que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones²...". (Subrayas fuera del texto).

b) Desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la inhabilidad, esto es, evitar que se presenten situaciones dirigidas a constreñir o influir indebidamente en la ciudadanía durante el periodo electoral, la interpretación más acorde al término "elección" es aquella que lo entiende circunscrito al día en que se realizan las votaciones. En esta dirección se ha señalado:

"No debe olvidarse que la causal de inhabilidad a que se ha hecho referencia, está dispuesta, reitera la Sala, para impedir que los factores de poder del Estado sean utilizados por quien los detenta para influir o constreñir a la ciudadanía con fines electorales, de suerte que, realizadas las votaciones, desaparece cualquier posibilidad de ejercer influencia indebida en el electorado para sacar provecho del ejercicio de la autoridad o del poder del cual se halla revestido con el fin de salir electo, pues la causal, sin duda, busca rodear de garantías el proceso electoral asegurando el ejercicio libre del voto, en condiciones de transparencia, por ende, no es de recibo el argumento esgrimido por el actor atinente a que la causal esté concebida para impedir que los factores de poder a que se ha hecho alusión, puedan utilizarse para incidir en "... los miembros de las comisiones escrutadoras (...) y en los funcionarios que se encargan de sistematizar los resultados...", pues la situación hipotética expuesta no se ajusta a la noción deontológica que informa las causales de inhabilidad contenidas en el artículo 179 de la Constitución, como quedó expuesto en precedencia, por el contrario, se trata de una hipótesis de conducta irregular, cuya ocurrencia se produce con posterioridad a la fecha de la elección, de manera que, de presentarse tal situación, daría lugar al ejercicio de la acción prevista en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo, bajo la aducción de alguna de las causales previstas por el artículo 223 ibídem³

c) Considerar que el término "elección" debe entenderse como la fecha en la cual la autoridad electoral declara la elección, afectaría gravemente la seguridad jurídica de las personas y la realización de su derecho fundamental a ser elegidas, pues estas no podrían saber con exactitud el día en que deben abandonar su cargo con el propósito de no quedar incursas en la inhabilidad, habida cuenta que les sería

imposible conocer la fecha en que la autoridad electoral declarará la elección. En esta dirección se ha señalado:

“A más de lo anterior, si el sentido de la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, fuera el sugerido por el actor, existiría completa incertidumbre para el aspirante respecto de la fecha en la cual debe abandonar la actividad que, a la postre, podría impedirle ser elegido Congresista o generarle una potencial inhabilidad para posesionarse en el cargo, en el caso de los “llamados” porque, de una parte, resultaría imposible para el candidato conocer con certeza la fecha en la cual el organismo electoral expedirá el acto administrativo que declarará la elección y, de otra parte, porque no se podría dejar en manos del organismo electoral la determinación del interregno temporal que comprende inhabilidad”⁴.

Asimismo, no puede perderse de vista que al constituir la inhabilidad una restricción a un derecho fundamental, es necesario que sus elementos configurativos sean claramente conocidos por los ciudadanos.

d) Bajo la interpretación del principio *“pro libertate”*, frente a dos posibles interpretaciones de una norma en materia de inhabilidades debe adoptarse aquella que limita en menor extensión los derechos fundamentales. Dentro de este marco, y atendiendo lo señalado en el literal anterior, la interpretación que afecta en menor proporción el derecho de un ciudadano a ser elegido, es aquella que entiende el término elección como referido al día en que se adelantan los comicios electorales⁵.

e) El día de las votaciones ha sido un criterio adoptado en múltiples decisiones del Consejo de Estado, tanto de forma anterior como posterior al 26 de marzo de 2015. (...)”

De acuerdo con lo expuesto, y en criterio de esta Dirección, el término que debe atenderse para efectos de la inhabilidad contenida en la norma para aspirar a los cargos de gobernador y de alcalde, es de 12 meses antes de la fecha en que se realiza la elección.

En caso de 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

CISP/JFCA

121602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de junio de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00291-00(PI).

2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 22 de marzo de 2007. Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00067-00(4001-4005). Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de noviembre de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00515-00(PI).

3. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de junio de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00291-00(PI).

4. *Ibídem*.

5. “Las inhabilidades además configuran una excepción del principio general de la igualdad y es el acceso a los cargos públicos, que no solo está expresamente consagrada por la Constitución Política (artículos 3 y 40). Y por su naturaleza excepcional deben ser interpretadas restrictivamente para no convertir la excepción en regla general. Por consiguiente y en aplicación del principio pro libertate entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma, que regula una inhabilidad se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Radicación número: 11001-03-28-000-2003-0014-01(3111). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 1998, C-147/98.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:57:59