



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación interna: 2248

Número Único: 11001-03-06-000-2015-00043-00

Referencia: Inhabilidad electoral

El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta sobre una eventual inhabilidad electoral.

I. ANTECEDENTES

El Ministro de la Presidencia en su condición de Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República manifiesta:

“Teniendo en cuenta como hipótesis fáctica que se haya declarado la nulidad de la elección de un cargo de votación popular por violación al régimen de inhabilidades, después de más de un año en el que el funcionario ocupó el cargo, y a raíz de dicha nulidad se realizan elecciones atípicas y se elige otra persona para ocupar el cargo el resto del período, se pregunta. ¿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?”

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Ministro, la Sala deduce de la solicitud que se trata de la situación de un Gobernador o Alcalde Municipal, y en tal virtud analizará los siguientes puntos: i) la interpretación del régimen de inhabilidades, ii) los efectos de la nulidad electoral en el tiempo y iii) el caso concreto.

A. Interpretación del régimen de inhabilidades

En el proceso de nulidad del acto administrativo por el cual se declara la elección de un candidato se juzga la legalidad de los actos de nombramiento o elección efectuados popularmente o por las autoridades o corporaciones encargadas de realizarlos, y en caso de que prosperen las pretensiones se anulará el correspondiente acto.

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución; es así que la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.

Surge entonces el principio *pro libertate* al que la Corte Constitucional se refiere en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:

“No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico 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.”

La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”* lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, de donde como regla general se infiere que todos los ciudadanos pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y que excepcionalmente no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la Constitución o la ley.¹

De allí que el Código Electoral en el artículo primero estatuya el principio de *“capacidad electoral”* según el cual *“[t]odo ciudadano puede elegir y ser elegido*

¹ Ver: Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2009, radicación interna 2007-1107.

mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida"²

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

Con fundamento en dicha jurisprudencia, en el concepto 2085 del 9 de diciembre de 2011 esta Sala sostuvo que la anulación judicial de cualquier acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, esto es que abarca desde el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico, lo que conlleva la ficción de que dicho acto administrativo nunca existió y por lo mismo no produjo ningún efecto jurídico, por lo cual será necesario hacer lo posible para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se expidió la decisión judicialmente anulada.

Se afirmó en dicho concepto que en materia electoral también se predica la aplicación del efecto *ex tunc* de la sentencia de nulidad del acto administrativo, hasta el punto de que en lo referente a la prohibición de la reelección se entiende que si el acto de elección desapareció de la vida jurídica, lógicamente no se tipifica la prohibición de ser reelegido.

² Ver: Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 13 de diciembre de 2010, radicación 2009- 00077.

³ Radicación: 25000-23-24-000-2004-00796-01 (Número interno: 3792).

Con posterioridad al mencionado concepto, la Sección Quinta de esta Corporación emitió la sentencia del 20 de marzo de 2013 en la cual no varió su jurisprudencia sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos electorales⁴, toda vez que al resolver dicho asunto manifestó que se circunscribiría a analizar exclusivamente la prohibición del artículo 264 de la Constitución Política.

Se debe tener en cuenta que el concepto que se emite se ajusta a la jurisprudencia vigente sobre los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad electoral, y advertir que la Sección Quinta de esta Corporación excepcionalmente y para casos concretos ha modulado los efectos en el tiempo de sus sentencias⁵.

Sin embargo, es pertinente anotar que en el evento de que se presenten cambios jurisprudenciales, la Sección Quinta ha señalado que cualquier variación jurisprudencial en materia de inhabilidades electorales aplicará hacia el futuro, en consideración al principio de confianza legítima⁶, en armonía, anota la Sala, con el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷.

C. Caso concreto

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.

⁴ Expediente 2012000600, 00007, 00008, 00009, 00010.

⁵ Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2011, Exp. 2010-00120 y sentencia del 18 de octubre de 2012, Exp. 2010-00014.

⁶ Sección Quinta, sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015, Expedientes acumulados 2014-00026 y 2014-00034. Ver también la sentencia del 9 de abril de 2015, Exp. 2014 – 00061.

⁷ "Artículo 103. Objeto y principios. (...) en virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga".

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:

“ARTICULO 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.”

“ARTICULO 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 rezan⁸:

“ARTICULO 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. “

“ARTICULO 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.”

III. 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 anotadas 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.

⁸ Respecto del ciudadano interesado en aspirar nuevamente a la gobernación o alcaldía y, con el fin de precaver un posible desequilibrio con los demás aspirantes, siempre deberá observarse el régimen general de inhabilidades previsto en la Constitución y la Ley para esos cargos, como si se tratara de cualquier otro candidato (Artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000).

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.

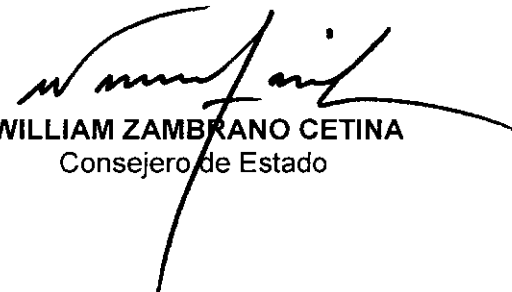
Remítase al Ministro de la Presidencia y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

27 MAY 2015 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. OF115-0042335/JMSC11000 DE
FECHA 26 DE MAYO DE 2015 - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA