CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Nulidad electoral – fallo segunda instancia
Expediente N°: 0800012333000201400734-01
Actor: Wilton Molina Siado
Demandado: Alberto Enrique Sánchez- Concejal
Distrito de Barranquilla

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que presentó el actor contra la sentencia de 21 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo del Atlántico que negó la pretensión de que se declare la nulidad del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

El señor Wilton Molina Siado, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla, período 2012-2015, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare la nulidad del acto de llamamiento para proveer la vacante del concejo Distrital de Barranquilla, señor Alberto Enrique Sánchez Galvis, identificado con C.C. No. 8662489 por el movimiento político Polo Democrático Alternativo, en reemplazo del concejal electo Rafael Sánchez Anillo, período 2012-2015, o el acto que haga sus veces, Resolución No. 091 de julio 1º de 2014, por medio del cual se posesiona el señor Alberto E. Sánchez Galvis, como concejal de Barranquilla, expedida por la mesa directiva del concejo Distrital de Barranquilla – Atlántico.

2. Hechos.-

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

-Que en el mes de octubre del año 2011 tuvieron lugar las elecciones para designar las autoridades locales, entre ellos, los concejales del Distrito de Barranquilla, período 2012-2015.

-Que en la época de inscripción de candidatos e incluso en el día de las elecciones, el señor Alberto E. Sánchez Galvis tenía la condición de empleado público, pues se desempeñaba como *“docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Canahuate, como consta en la Resolución No. 005591 del 26 de junio de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla”*.

- Que, a pesar de tal situación, el demandado se postuló como candidato al concejo de Barranquilla por el partido POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO.

- De la lista de ese partido resultó electo el señor Rafael Sánchez, quien renunció a la curul, razón por la cual fue llamado a ocupar

dicho cargo quien figuraba como segundo en la lista de elegibles, esto es, el señor Alberto Sánchez Galvis, quien tomó posesión el día 1º de julio de 2014.

-Que a fin de tomar posesión como concejal, el demandado renunció a su cargo de docente, *“para evitar una incompatibilidad sobreviniente y coetánea con el cargo de concejal, siendo este hecho inane, pues su inhabilidad por prohibición se genera para la fecha de la inscripción y elección, quien para la época el actual concejal Alberto Sánchez, si era empleado público y era portador de una prohibición de participar en política, circunstancia que lo coloca en una causal de nulidad electoral de falta de los requisitos o calidad para ser elegible, conforme lo señala el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado que reseño en esta demanda”*.

3. Normas violadas y concepto de la violación.-

El actor citó como infringidas las siguientes:

- Los incisos 2º y 3º de la Constitución Política.
- El artículo 275-5 del CPACA.
- El artículo 37 de la Ley 996 de 2005.

Si bien el señor Molina Siado no es lo suficientemente claro en los argumentos que sustentan el concepto de la violación, en una labor interpretativa, la Sala entiende que lo que en realidad plantea es que la Carta Política, la Ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado son enfáticas en prescribir que los funcionarios públicos (en concreto los docentes de tiempo completo) tienen prohibido participar en política y mucho más inscribirse a un cargo de

elección popular *“ostentando la doble condición de servidor público, conforme con lo que señala el artículo 127 de la Constitución Política y el artículo 37 de la Ley 995 de 2005, lo cual es una prohibición constitucional que genera la nulidad del acto de elección o del llamamiento”*.

Que, por ende, es evidente que debe declararse la nulidad del acto de llamamiento del señor Alberto Sánchez Galvis a ocupar la curul de concejal de Barranquilla por el partido Polo Democrático Alternativo, pues para la época en que se inscribió como candidato se encontraba vinculado al servicio público como docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Cañahuate, cargo que desempeñó hasta el día antes de su posesión como concejal.

4. Contestación de la demanda

El señor Alberto Enrique Sánchez contestó la demanda por intermedio de apoderado. Se opuso a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

-Que “debido a su condición de docente del Distrito de Barranquilla, se ajustó a los presupuestos y preceptos que prevé el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política, en el entendido que una Ley Estatutaria expedida dentro de los precisos términos constitucionales (Ley 996 de 2005), lo habilitaba para intervenir en política como candidato para aspirar a ser elegido como concejal del Distrito de Barranquilla, para lo cual debía atender las condiciones establecidas en el título II de dicha ley estatutaria”.

-Que para la época en la que el señor Sánchez Galvis fungía como docente en el sector público del Distrito de Barranquilla y participó en la elección para aspirar una curul en el Concejo de esa misma ciudad, *“no se encontraba inhabilitado constitucionalmente para participar en política en procura de su misma causa o campaña, toda vez que el no desempeñaba empleo público alguno en la Rama Judicial ni en algún órgano electoral o de control, o de seguridad, ni mucho menos era miembro activo de la Fuerza Pública, aunado al hecho que, además, la actividad docente en el sector público que él desempeñaba, no resultaba ser incompatible con el cargo de concejal”*.

-Que según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, los servidores públicos que no están incluidos en la prohibición que prevé el inciso 2º del artículo 127 constitucional, *“están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia”*.

5. Trámite en primera instancia

Mediante providencia del 20 de agosto de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso¹.

El día 22 de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA². En ésta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el objeto del litigio³. En esa misma diligencia, en la medida en que

¹ Folios 44-45.

² Folios 79-85.

³ El litigio se fijó en los siguientes términos: “Debemos entender que la parte actora pretende la nulidad de la Resolución No. 091 de julio 1º de 2014, por medio de la cual se hace un llamado y

no hubo pruebas por practicarse, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera el respectivo concepto.

6. Fallo impugnado

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda de la referencia. Como sustento de esa decisión, en síntesis, expuso:

“(...) De una lectura de la norma invocada como violada (artículo 127 de la Constitución Política) se advierte que su texto no guarda relación con lo manifestado por el actor en su concepto violatorio, pues la prohibición constitucional de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas que trae los incisos segundo y tercero del artículo 127, hace hincapié en los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, mas no hace referencia alguna de los docentes. Asimismo expresa que los empleados no contemplados en esa prohibición sólo podrán participar en dichas actividades en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

De otra parte, si bien el señor Sánchez Galvis hacía parte de la lista del Concejo de Barranquilla que encabezaba el señor Rafael Sánchez Anillo, éste solo hecho per se, no lo hace incurrir en la doble condición de servidor público, como lo manifiesta el actor, ya que aquél renunció el ejercicio de la docencia para poder posesionarse en el cargo de concejal.

De lo anterior, la Sala no encuentra argumentos normativos suficientes que permitan desvirtuar la legalidad del acto acusado, con base en lo expuesto por el demandante, en relación con la norma constitucional que considera transgredida.

se posesiona el señor Alberto Enrique Sánchez Galvis como Concejal de Barranquilla, expedida por la mesa directiva del Concejo Distrital de Barranquilla. Acorde con esa identificación acerca de la situación demandada y de conformidad con la congruencia que existe entre los supuestos de hecho y omisiones formulados en la demanda y los aceptados por los demandados, se tiene entonces que el litigio se circunscribe a establecer o determinar, si al expedir el acto acusado la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Barranquilla violó o no se atuvo a la Ley o al procedimiento por encontrarse inhabilitado el demandado al incurrir en una causal de las que la ley tiene establecidas como vicios del acto administrativo. Ahí está circunscrito el debate.

En cuanto al cargo relacionado con el artículo 37 de la Ley 996 de 2005, advierte el Tribunal que el demandante omite expresar el concepto de violación, que permita realizar el correspondiente cotejo de legalidad, de igual forma observa la Sala que la norma traída a colación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 1553 de 2005”.

7. Apelación

Mediante escrito del 13 de enero de 2015, el señor Wilton Molina Siado impugnó la decisión de primera instancia. En resumen, además de solicitar que en el presente caso se tuvieran en cuenta las sentencias que se dictaron en los procesos números 2007-01477-02 y T-343 de 2010, manifestó que:

“(...) Muestro mi inconformidad con el fallo, basado a que el a quo le dio una errónea interpretación al inciso 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución, en el sentido de que esta norma se aplica solamente para los empleados de la rama judicial, electoral, órganos de control y seguridad, dejando de lado la prohibición del numeral 3º del artículo 127 de la C.P., la cual está supeditada a que los demás empleados públicos para poder participar en elecciones populares, debe existir una ley estatutaria que así los habilite y lo determine”

No existiendo ley estatutaria que los habilite, los empleados públicos no pueden inscribirse para cargos de elección popular, para luego de la elección posesionarse, [pues] sería hacerle un fraude a la ley.

Igualmente el a quo en su fallo desconoce y exige una rigurosa exposición del concepto de la violación del No. 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, con relación a las causales de nulidad de la elección, ¿será que necesitaremos exponer tratados o redactar tesis sobre este artículo para que la justicia opere?. Esta actitud del a quo es una flagrante negación de justicia, pues se observa en la demanda en el ítem de los hechos, aquel que hace referencia a la citada norma, que es una causal de nulidad electoral, y que el a quo no interpretó adecuadamente.

(...)

De antaño, la Sección Quinta ha reiterado que el hecho prohibido por la Constitución genera una inhabilidad, en este caso, la prohibición expresa de participar en política por parte de los empleados públicos, aunándole que este sería un requisito de elegibilidad sobre un criterio idéntico al caso presente contamos con los precedentes de la Honorable Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado...”

8. Trámite en segunda instancia

Una vez se efectuó el correspondiente reparto (24 de febrero de 2015), por auto del 5 de marzo de ese mismo año se admitió el recurso de apelación. En esa misma providencia, se dispuso que el memorial que sustenta dicho recurso se pusiera en conocimiento de las partes por el plazo de 3 días y que vencido ese término el expediente permaneciera en Secretaría a fin de que rindieran los alegatos de conclusión y de que el Ministerio Pública emita el respectivo concepto.⁴

9. Alegatos de las partes en segunda instancia

a) El actor guardó silencio.

b) La parte demandada reiteró los argumentos de defensa que expuso en la contestación de la demanda. En concreto, se resalta lo siguiente:

“(...) En su recurso de apelación, el actor no logra desvirtuar los argumentos empleados por el a quo en su sentencia y persiste en su desenfoco jurídico por su particular interpretación normativa aplicable en este caso de manera puntual.

⁴ Folio 135.

Dada la actividad docente del sector público que desempeñaba mi poderdante, para la época en la que se inscribió como candidato y participó en la elecciones para aspirar a ser elegidos como concejal del Distrito de Barranquilla, surge necesario analizar si, de ella, se puede predicar una inhabilidad para los servidores públicos que la desempeñen y pretendan participar en política, según lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política.

En este sentido es necesario resaltar que en relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994 dispone en el numeral 1º de su artículo 45, que éstos no podrán aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura, no obstante en el parágrafo 1º del mismo artículo se establece que están exceptuados del régimen de incompatibilidades, aquellos concejales que ejerzan la cátedra, es decir, quienes desempeñen la docencia en cualquier ámbito, esto es, en el público o el privado, sea en el grado escolar o en el universitario.

Con fundamento en la norma analizada, nos encontramos entonces en presencia de la eventualidad que un concejal que aspire como candidato a participar nuevamente en política para mantener la curul que ostenta, puede al mismo tiempo desempeñarse como docente en el sector público, toda vez que las actividades que ejerce como concejal, docente y candidato no son excluyentes entre sí para generar una condición de inelegibilidad del aspirante, en este orden de ideas el hecho que una persona que no sea concejal y sea docente del sector público y desee aspirar en política, pero no pueda hacer uso de ese derecho político, resultaría violatorio del derecho fundamental a la igualdad de este último y, por ende, de la propia Constitución Política...”.

10. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que de acuerdo con el concepto que esa delegada emitió el 24 de enero de 2004 (1765/2004) y con la sentencia del 22 de abril de 2002 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Exp. 2783, los cuales transcribió in extenso y que, a su juicio, son aplicables al caso, “los argumentos del actor no resultan de recibo ni enervan la presunción de legalidad del acto acusado.

Que, en efecto, el artículo 127 de la Constitución Política no prevé para los “empleados públicos al servicio de la docencia la expresa prohibición de participar en política y lograr su elección por vía del voto popular y directo, pues tal limitación sólo comprende a unos servidores públicos, en concreto, *“...los empleados del Estados y de las entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en órganos judicial, electoral y de control.”*

Que entonces dicha limitante no puede extenderse por vía de analogía a aquellos servidores que la norma en cuestión no contempla, pues se atentaría contra el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del C.P.A.C.A.⁵, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la

⁵ “ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto

apelación de la sentencia del 21 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó la demanda del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla.

2. El acto acusado.-

Es la Resolución No. 091 del primero de julio de 2014 expedida por el Concejo Distrital de Barranquilla⁶, en cuanto contiene el acto de llamado del señor Alberto Enrique Sánchez a ocupar el cargo de concejal del Distrito de Barranquilla, por el partido Polo Democrático Alternativo, período 2012-2015, así como la respectiva posesión.

3. Estudio de fondo del asunto.-

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba imposibilitado para ser elegido como Concejal del Distrito de Barraquilla, porque infringió la prohibición que establece el artículo 127 constitucional, toda vez que, según el actor, para la época de la inscripción de la candidatura se encontraba vinculado al servicio público como docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Cañahuate, cargo que desempeñó hasta día antes de su posesión como concejal.

de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto)

⁶ Folios 32-33.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala, en primer lugar, tratará lo referente a la prohibición que prevé el artículo 127 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.

- La prohibición que prevé el artículo 127 constitucional

El artículo 127 de la Constitución Política de manera enfática señala que:

***ARTICULO 127.** Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales*

Modifícanse los incisos 2° y 3° del artículo 127 así

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Sobre el contenido de la citada disposición constitucional y ante una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), se pronunció en el siguiente sentido:

“(...) el reconocimiento constitucional de la libertad de participación en política como una forma de expresión de la voluntad individual, en función de la colectividad, no se puede limitar por la falta de acción del órgano legislativo no ha expedido la norma correspondiente⁷. Desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional se puso de presente la naturaleza de derecho fundamental de la participación en política, al expresar que no podía “ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que estos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos”⁸. En posterior providencia, respecto del desarrollo legal de los límites que ha de tener el empleado del Estado para efectos de ejercer sus derechos de participación política, indicó la Corte Constitucional que la Ley Estatutaria habría de definir las condiciones para participar en las actividades y controversias correspondientes, pero que no podría “extender la prohibición más allá de la previsión constitucional”⁹.

Es decir, en tanto que las limitaciones referidas constituyen una restricción a un derecho fundamental, necesariamente han de explicitarse exactamente en la ley estatutaria correspondiente, de conformidad con el mandato constitucional. En ese orden de ideas, antes de la entrada en vigencia de la norma estatutaria debe entenderse que los “empleados del Estado” comprendidos en la prescripción solo verán limitados sus derechos políticos en los términos que la propia Constitución Política lo dispuso.

Acerca de estos límites la Corte Constitucional indicó que:

⁷ Además este pronunciamiento es anterior a sentencias de la Corte Constitucional sobre este asunto, como por ejemplo la sentencia C-454-1993.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1992.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 1993.

“(...) existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3º del artículo 127 de ella -que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley- y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (artículos 122, 123 y 209 C.N.). Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; el que dispone del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal que inclina la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento político”.¹⁰

En este orden de ideas, la Sala estima que de acuerdo con la Constitución el funcionario, so pena de sanción por abuso del derecho¹¹, no puede: (i) utilizar la autoridad de la cual está investido para ponerla al servicio de una causa política; (ii) usar los elementos destinados al servicio público para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política electoral; (iii) usar, con los mismos fines, información reservada a la cual tenga acceso por razón de su cargo; (iv) exonerarse del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, con el pretexto de ejercer el derecho de participación en política; (v) disponer del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses. Sin embargo, “la limitación anotada no puede ser motivo para suponer que toda actividad de estos servidores pueda ser sopesada bajo una lupa incriminadora que pretenda hallar en cada uno de sus actos un interés adverso al general, pues ello llevaría al entorpecimiento de actividades que son propias del desempeño de ciertos cargos que tienen como uno de sus cometidos los constantes encuentros con diversos miembros y sectores de la sociedad¹²”.

En conclusión, los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993.

¹¹ Al respecto ver la sentencia de la Corte Constitucional C-454 de 1993 y la sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 11 de mayo de 2004. Radicación número: 25000 - 23 - 15 - 000 - 2002 - 2147 - 01(IJ)

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de 28 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-00655-02(6210-03)

Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución (artículos 127 y 110 de la C.P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (ley 734 de 2002 y la ley 996 de 2005). Ahora bien, aún cuando la Constitución deja a la ley estatutaria el definir las condiciones en que se pueda participar, no la autoriza para extender la prohibición más allá de la previsión constitucional (sentencia C-454 de 1993), por cuanto implicaría una limitante injustificada y desproporcionada del derecho fundamental de participación política. Lo que se restringe a los servidores exceptuados de la prohibición no es la participación en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos.

Así, la ley estatutaria que expida el Congreso de la República sobre esta materia únicamente podrá regular la “participación en política” de los empleados del Estado en lo relativo a participación en “las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas”, pues a esos dos puntos exclusivamente se remite el tercer inciso del artículo 127 de la Constitución cuando dispone que “Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán **participar en dichas actividades y controversias** en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.” Si la ley estatutaria extendiera las prohibiciones a otros campos de participación legítima en política, estaría violando la Constitución. (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

La Sala comparte plenamente las anteriores conclusiones, pues es evidente que el artículo 127 Constitucional precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido. De manera que los servidores que han quedado comprendidos dentro de ese listado taxativo y **solo ellos** tienen prohibida la participación en actividades políticas.

En otras palabras, esa misma disposición constitucional habilita y permite el ejercicio de la actividad política a todos los demás

empleados que no se encuentren contemplados expresamente en la prohibición.

Empero, valga la pena aclarar que el ejercicio efectivo de este derecho deberá desarrollarse de conformidad con la ley que para tal efecto expida el Congreso. El hecho de que sobre el particular se evidencie una falta de acción del órgano legislativo, contrario a lo que expone el actor, no es óbice para que se entienda que esa libertad constitucional de los servidores públicos de participar en política está restringida, pues como bien lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, las limitaciones a dicho derecho fundamental deben estar ineludiblemente contenidas en la respectiva ley estatutaria.

En consecuencia, hasta que entre en vigencia tal normativa es imprescindible entender que los derechos políticos de los servidores públicos a los que hace alusión el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política, únicamente podrán limitarse en los precisos parámetros que la propia Carta Política prevea.

Ahora bien, tales precisiones permiten concluir que hizo bien el a quo al denegar las súplicas de la demanda de la referencia, pues la norma en cuestión no prevé como situación prohibitiva el ejercicio de la docencia y, por ende, el señor Alberto Enrique Sánchez Galvis en su condición de profesor, podía participar en la contienda electoral que tuvo lugar en octubre de 2011 y, por ende, resultar electo como Concejal del Distrito de Barranquilla.

La Sala recuerda que las causales de inhabilidad y nulidad de una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía

ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas. El juez del Estado de Derecho no puede realizar interpretaciones y elucubraciones que desconozcan el alcance de la norma constitucional en abierta contradicción de los derechos fundamentales, principio axial de aquel.

Aunado a lo anterior, se pone de presente que incluso la inhabilidad que consagraba el numeral 5º del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 en el sentido que no podían ser concejales quienes dentro de los 6 meses anteriores a la elección hayan sido empleados públicos y los trabajadores oficiales (lo cual incluía a los docentes que prestaban sus servicios a instituciones públicas) fue derogada desde el 9 de octubre de 2000 con la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000.

El artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los empleados públicos puedan ser elegidos concejales, excepto quienes como tales ejerzan jurisdicción administrativa, civil, política o militar o quienes hayan intervenido como ordenadores del gasto en la ejecución de recursos o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio.

Bajo tales parámetros, ya en reiteradas ocasiones, esta Sección¹³ ha considerado que las personas que ejercen la profesión de docente no tienen autoridad civil, administrativa o militar, como situaciones generadoras de inhabilidad para ser elegido como concejal.

¹³ Entre otras, ver sentencia del 2 de octubre de 2008. Exp. 2007-01506-02. M.P. Susana Buitrago Valencia

Sobre el particular se ha dicho:

“(...) De acuerdo con el concepto de función docente confrontada con las definiciones y alcances de las figuras ejercicio de autoridad civil, administrativa y militar, (causas generadoras de inhabilidad para ser elegido concejal), se concluye que el cargo de educador no es de aquellos que implica potestad, poder o mando. Con su ejercicio, no se ejerce ninguna de las clases de autoridad que la norma contempla para que se tipifique la causal endilgada. Además, tampoco se presenta el segundo de los presupuestos que configuran la causal, pues el demandado no ejerció el cargo de docente en el municipio en el cual resultó elegido.

Así las cosas, se establece que en este caso, tal como lo consideró el a quo, no se encuentran acreditados los presupuestos para dar por probada la censura alegada.

De otra parte, debe aclararse al demandante que no es a través de la acción electoral que se sancionan las conductas constitutivas de mala conducta que se llegaren a acreditar respecto de las actividades de los docentes, pues para tal propósito el Legislador estableció la autoridad competente para adelantar dicho procedimiento disciplinario. Ello, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2277 de 1979. De encontrarse acreditado el incumplimiento a tales deberes o prohibiciones su sanción opera en la forma prevista, únicamente con alcances disciplinarios y no, para declarar nulo el acto de elección.

Finalmente, debe precisarse que a través de la acción contenciosa electoral se decide sobre la constitucionalidad y la legalidad de los actos que declaran una elección. El juez analiza, si así lo ha propuesto el actor, sobre la ausencia de calidades o de requisitos constitucionales o legales para el desempeño del cargo, acerca de si recae en el candidato elegido un impedimento o inhabilidad para ser elegido, esto es, causales de inelegibilidad o presencia de inhabilidades que legalmente le impedían resultar válidamente elegido. Se trata de condiciones negativas preexistentes al nacimiento del acto administrativo electoral”.

Por último, a pesar de que el actor insiste en que en el presente asunto se tengan en cuenta las decisiones que se dictaron en los procesos números 2007-01477-02 y T-343 de 2010, es lo cierto que lo decidido en estos casos en nada guarda relación con el asunto que

se debate en el sub examine, pues versaron sobre la configuración de una inhabilidad con fundamento en el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, toda vez que el elegido como alcalde se había desempeñado como alcalde encargado dentro de los 24 meses a la elección.

En efecto, dentro del proceso 2007-01477-02, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del entonces alcalde de Yumbo (Ferney Humberto Lozano), pues consideró que el hecho de que hubiera inscrito su candidatura a la alcaldía sin que transcurrieran 24 meses desde la dejación de su cargo de alcalde encargado, configuraba una inhabilidad que le impedía acceder a tal dignidad.

Por su parte, mediante la sentencia T-343 de 2010, la Corte Constitucional confirmó la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 12 de noviembre de 2009, mediante la cual negó la acción de tutela promovida por el señor Ferney Humberto Lozano Camelo, contra la Sentencia de 31 de julio de 2009 proferida por la Sección Quinta de esa misma corporación dentro del citado proceso No. 2007-01477-02.

Entonces, no cabe duda que lo que ahora ocupa la atención de la Sala no guarda relación con lo decidido en los citados procesos, pues en ningún momento el debate se circunscribió a la aplicación de la prohibición del artículo 127 constitucional, que es la norma que sirve de sustento a la presente demanda.

Por consiguiente, lo que se impone, es confirmar la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 21 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda que interpuso el señor Wilton Molina Siado contra el acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez Galvis como Concejal del Distrito de Barranquilla.

SEGUNDO. En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO

|
SUSANA BUITRAGO VALENCIA