

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C.; Veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 2500023410000020150249101 ACUMULADAS 2015-02753 y 2015-02342

Actor: SINTRAEMSDDES, JUAN DIEGO ARTURO CAÑIZALES HERNÁNDEZ Y ANY KATHERINE ÁLVAREZ CASTILLO

Demandado: ACTO DE DECLARATORIA DE ELECCIÓN DE NELSON CASTRO RODRÍGUEZ – CONCEJAL DE BOGOTÁ 2016 -2019

Asunto: Nulidad electoral – Segunda instancia – Revoca para, en su lugar, negar las pretensiones de nulidad del acto electoral – Reitera la posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 14 de mayo de 2015 sobre alcance de la prohibición de participación en política, consagrado en el artículo 127 Constitucional.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia del 15 de junio de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “B”, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto de elección contenido en el Formulario E-26 CO de Bogotá D.C., expedido el 12 de noviembre de 2015, respecto de Nelson Castro Rodríguez, electo concejal del partido político Polo Democrático Alternativo, para el período 2016 – 2019.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1. Proceso Radicado No. 2015-02491

1.1.1. Pretensiones

La señora Any Katherine Álvarez Castillo, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra el acto de declaratoria de elección de Nelson Castro Rodríguez, como Concejal de Bogotá Distrito Capital, para el período 2016-2019¹.

Para el efecto, formuló las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la nulidad de (sic) acto administrativo del 12 de noviembre de 2015 expedido por la Comisión Escrutadora General (Delegados del Consejo Nacional Electoral), por medio del cual se declaró electo como concejal de Bogotá para el período 2016 -2018 (sic) al señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ portador de la cédula No. 79.350.192.

2. Consecuencialmente se declare la nulidad de la credencial expedida por la Comisión Escrutadora General (Delegados del Consejo Nacional Electoral) expedida a nombre del señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ portador de la cédula No. 79.350.192 como concejal de Bogotá D.C. por el partido POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO para el período constitucional 2016 – 2019 de fecha 12 de noviembre de 2015.

3. Se ordene al Presidente del Concejo de Bogotá D.C. proceder a llamar a quien haya quedado en el sexto lugar, en el orden de resultados electorales del 25 de octubre de 2015 y que haga parte de la lista del Polo Democrático Alternativo para que tome posesión del cargo de concejal de Bogotá D.C.”

1.1.2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- El señor Nelson Castro Rodríguez celebró el 18 de julio de 1989 contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAA – ESP, entidad en la que se desempeñaba como profesional especializado de la

¹ Folios 1 a 29 del cuaderno número 1.

División Operativa Comercial Z3², el cual estuvo vigente hasta el mes de diciembre de 2015.

- Encontrándose vigente el contrato de trabajo, mediante escrito radicado el 17 de julio de 2015, el señor Castro Rodríguez le solicitó a la Gerente Corporativa de Gestión Humana de la EAAB una licencia no remunerada a partir del 24 de julio de 2015 hasta el 9 de noviembre de la misma anualidad³, en relación con la cual solicitó prórroga.
- En respuesta a la referida solicitud, la Gerente Corporativa de Gestión Humana y la Directora de Mejoramiento de Calidad de Vida de la entidad descentralizada le remitieron al peticionario el memorando interno número 1410001-2015-3704 del 21 de octubre de 2015, comunicándole que “... conforme a lo establecido en el numeral cuarto (4º) del artículo 2.2.30.6.6. del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015⁴ ‘Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario del Sector de la Función Pública’ y en concordancia con la cláusula décima tercera del contrato individual de trabajo se accede a su petición y la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la licencia no remunerada estará vigente hasta día 9 de noviembre de 2015” (sic)⁵.

La licencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en que se terminó el vínculo contractual laboral.

- El demandado se desempeñaba igualmente como Presidente del sindicato de trabajadores denominado SINTRASERPUCOL y, en esa calidad, depositó denuncia de la convención colectiva de trabajo ante el Ministerio del Trabajo el 5 de enero de 2015⁶, con

² Copia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado el 19 de julio de 1989 obra a folios 30 a 31 del expediente. A folio 32 aparece copia de la constancia expedida por la Directora de Compensaciones de la EAAB sobre desempeño del cargo al 3 de noviembre de 2015.

³ Folio 33 del cuaderno n°. 1.

⁴ “ARTÍCULO 2.2.30.6.8 *Suspensión del contrato de trabajo*. El contrato de trabajo se suspende:

....

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador...”. (*Decreto 2127 de 1945, art. 44*)

⁵ Copia del documento obra a folio 34 del expediente.

⁶ Folios 45 a 51 del cuaderno 1.

lo cual se dio inicio a la negociación del pliego de peticiones, la que se extendió hasta el 26 de octubre de 2015, fecha en que se suscribió la convención colectiva de trabajo.

- El sindicato de trabajadores recibió de la EAAB la suma de \$75.000.000 para gastos de negociación de la convención colectiva, los cuales fueron consignados en la cuenta del sindicato, según certificaciones obrantes a folios 52 y 53 del expediente.
- El 24 de julio de 2015 el demandado se inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil de Bogotá como candidato al Concejo del Distrito Capital⁷, avalado por el partido Polo Democrático Alternativo, para los comicios que se llevaron a cabo el 25 de octubre de la citada anualidad.
- Los Delegados del Consejo Nacional Electoral que integraron la Comisión Escrutadora General expedieron el acto administrativo de elección, contenido en el Formulario E-26 CO del 12 de noviembre de 2015⁸, por medio del cual declararon electo como concejal al señor Nelson Castro Rodríguez, para el período 2016-2019, como consecuencia de lo cual le hicieron entrega de la respectiva credencial⁹.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

La actora consideró que el demandado incurrió en las causales de inhabilidad que a continuación se relacionan, las que –a su juicio– tornan nulo el acto de elección:

(i) La consagrada en el numeral 3^o del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por cuanto, en su calidad de Presidente de SINTRASERPUCOL intervino en la gestión de negocios ante la EAAB, de dos maneras, a saber:

⁷ Según certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, visible a folio 184 del cuaderno 1.

⁸ Folios 38 a 42 del cuaderno 1, obran igualmente en fotocopias autenticadas a folios 105 a 135 del cuaderno.

⁹ Copia de la credencial obra a folio 43 del cuaderno 1.

- Fungió como negociador de los trabajadores pertenecientes al sindicato ante la EAAB en la discusión del pliego de peticiones que terminó con la firma de la convención colectiva de trabajo, la cual benefició laboralmente a más de 1686 personas que hacían parte de su electorado al Concejo de Bogotá.
- En su condición de representante legal del sindicato recibió y manejó recursos públicos, durante los doce (12) meses anteriores a la elección, representados en la suma de \$75.000.000 entregados por la administración distrital para gastos de negociación de la organización sindical con la empresa.

La actora afirmó que la configuración de esta causal de inhabilidad ha sido ratificada por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de marzo de 2015¹⁰, habiéndose pronunciado la Corte Constitucional sobre el posible desequilibrio que se puede generar por la participación en política de “*servidores públicos*”.

(ii) Por violación de los artículos 110 y 127 Constitucionales, en sustento de lo cual realizó un análisis *in extenso* de diversos pronunciamientos sobre la prohibición de participación en política, al tiempo que destacó que el demandado “... abusó al inscribirse como candidato al concejo de Bogotá y no renunciar a su calidad de servidor público, vínculo que sigue vigente en la actualidad pues está activo en la nómina de la EAAB como trabajador oficial, pero con una licencia no remunerada con tres prórrogas irregulares hasta el 31 de diciembre de 2015”.

Precisó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.5.10.10 del Decreto 1083 de 2015, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, a los empleados en licencia les está prohibido participar en política.

(iii) La causal consagrada en el numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993¹¹.

¹⁰ La parte actora citó la sentencia dictada por esta Sección con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado 11001-03-28-000-2014-00065-00.

¹¹ "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá". El artículo y numeral en cita establece que no podrán ser elegidos concejales: “*Quienes hayan sido secretarios, jefes de departamento administrativo o gerentes de entidades descentralizadas distritales, dentro del año anterior a la fecha de la elección; como empleados públicos hayan ejercido autoridad política, civil, militar o judicial en el Distrito dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección*”.

Con respecto a esta norma, la parte demandante afirmó que se trataba de un precepto especial que, en consecuencia, debía ser aplicado con prelación a las normas de carácter general. Preciso que en la actualidad no hay una ley que haya derogado de manera expresa el artículo 28 del decreto en cita, “... *sin embargo, el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias ha establecido que fue derogado tácitamente por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y que en ese orden de ideas las únicas inhabilidades que existen son las de esta última norma*”.¹²

Al respecto, preciso que el artículo 41 transitorio de la Constitución Política determinó que el Distrito Capital tendría un Estatuto Orgánico propio, de aplicación especial, el cual –a su juicio– está vigente, por cuanto la Ley 617 de 2000 hizo expresa mención a la derogatoria de los artículos 96 y 106 del Decreto Ley citado y nada mencionó frente al numeral 2º del artículo 28, referido.

Agregó que “*Si bien es cierto que la Ley 617 de 2000 en el artículo 40 se refiere a las inhabilidades para concejales municipales y distritales, cuando se refiere a distritales, no puede tomarse a Bogotá, pues la capital ya tiene su estatuto, se refiere a otros distritos que no tienen norma especial*”.

Sustentó igualmente la referida posición en la sentencia C-950 de 2001, dictada por la Corte Constitucional.

En escrito separado, la parte demandante solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto electoral, con fundamento en la acreditación *a priori* de las causales de inhabilidad alegadas.

1.1.4. Actuaciones procesales relevantes

1.1.4.1. Trámite de la admisión de la demanda

Según auto del 28 de enero de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “B” admitió la demanda y ordenó notificar: (i) a la parte demandada, conforme a lo previsto en el artículo 277 numeral 1º, literal a) de la Ley 1437 de 2011 (ii) personalmente al agente del Ministerio Público y (iii)

¹² Folio 18.

por estado electrónico a la demandante; (iv) a la Comisión General de Escrutinios (delegados del Consejo Nacional Electoral) y al Registrador Distrital del Estado Civil, así como (v) informar a la comunidad de la existencia del proceso, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.¹³

En la misma providencia la Sala *a quo* negó la medida cautelar solicitada, consistente en la suspensión provisional del acto electoral acusado, con los siguientes argumentos:

(i) En relación con el numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, el mismo fue derogado en forma tácita por la Ley 617 de 2000, por lo cual no resultaba procedente su análisis en el caso concreto¹⁴;

(ii) Con respecto a la prohibición contenida en el artículo 2.2.5.10.10 del Decreto 1083 de 2015, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, referida a la participación en política de los empleados públicos en licencia, afirmó que se circunscribe a los de la rama ejecutiva del sector nacional y el demandado tenía la calidad de trabajador oficial del sector descentralizado territorialmente; y

(iii) En torno a la inhabilidad consagrada en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, consideró que la negociación de la convención colectiva de trabajo constituye una figura jurídica diferente a la gestión o celebración de contratos y, por lo tanto, no se encontraba configurada en el caso concreto.

El Tribunal finalizó su argumentación aseverando que *“... no se estima estructurada la alegada violación normativa pues, es claro que para dilucidar el fondo del asunto se requiere hacer un mayor análisis y un estudio de las disposiciones que se aducen como trasgredidas en el concepto de la violación consignado en la demanda así como en las pruebas que se alleguen en el curso del proceso, para así determinar si la parte demandada*

¹³ Folios 137 a 147 del cuaderno No. 1.

¹⁴ Para sustentar la derogatoria de la norma en cuestión citó las sentencias dictadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 21 de mayo de 2009, en el expediente 2008-0007, con ponencia del Magistrado Mauricio Torres Cuervo, así como el *“Expediente 3803. Acción electoral. Actor; Mariela González Roble. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Expediente P.I. 00376. Pérdida de investidura. Actor Hermann Gustavo Garrido. C.P. Dr. Marco Antonio Velilla”*.

*vulneró el régimen de prohibiciones e inhabilidades para ser elegido concejal*¹⁵.

1.1.4.2. Contestación de la demanda

- **Registraduría Nacional del Estado Civil**

El Registrador Nacional del Estado Civil de Bogotá contestó la demanda, en escrito radicado el 4 de abril de 2016, en el que manifestó que a la entidad le resulta material y jurídicamente imposible pronunciarse sobre las pretensiones invocadas por la parte demandante, toda vez que el acto electoral censurado no fue expedido por ella.

Precisó que la Constitución Política le otorgó independencia y autonomía administrativa y financiera al Consejo Nacional Electoral.

Propuso como excepciones, las siguientes:

(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual sustentó en que la Registraduría, en materia electoral, únicamente se encarga de la organización de las elecciones y, por ende, ha de mantener la imparcialidad en las resultas del proceso, “... *legalmente no emite acto administrativo alguno ni operación que determine cuando un candidato está inhabilitado o impedido, ni cuando un voto es válido o no y por tanto no determina cuando una persona se hace merecedora o no a un cargo de elección popular...*”¹⁶.

Preciso las funciones que les competen a los diversos actores electorales, desde la inscripción de los candidatos hasta la elección, lo cual realizó en forma pormenorizada incluyendo las de los delegados del Consejo Nacional Electoral, concluyendo que la Registraduría Nacional del Estado Civil – Registraduría Distrital del Estado Civil “*únicamente revisa los requisitos de ley y una vez cumplido el período de inscripción se envían los listados al Ministerio Público para lo de su competencia*”.

(ii) Genérica: solicito que, en aplicación del principio de *iura novit curia*, se declare probada la excepción que se encuentre demostrada en el proceso.

¹⁵ Folio 145.

¹⁶ Folio 170 del cuaderno 1.

En el escrito de contestación de la demanda, la entidad informó que expidió la Resolución No. 13331 del 11 de septiembre de 2014, *“Por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de autoridades locales (Gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles o miembros de juntas administradoras locales) que se realizaron el día 25 de octubre de 2015”*¹⁷.

En virtud de la resolución anterior, el plazo para la inscripción de candidatos inició el 25 de junio de 2015 y finalizó el 25 de julio de la misma anualidad, certificando que el 24 de julio de 2015 los Registradores Distritales del Estado Civil recibieron el formulario de inscripción E-6 CO correspondiente a la lista de candidatos y constancia de aceptación de candidaturas por el partido Polo Democrático Alternativo, para el período 2016-2019, acompañado del aval que incluía a Nelson Castro Rodríguez, en el renglón 20, de tal manera que verificados los requisitos formales se aceptó la lista, bajo el radicado n° 012.

- **Contestación del demandado Nelson Castro Rodríguez**

El demandado, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, según escrito radicado el 25 de abril de 2016, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

En relación con los hechos que le sirvieron de fundamento, precisó que son ciertos los relacionados con la inscripción como candidato al Concejo de Bogotá D.C. afirmando que se desempeñaba como trabajador oficial y no como empleado público de la EAAB y al momento de la inscripción como candidato gozaba de licencia no remunerada. Agregó que, desde el 4 de agosto de 2004 tenía permiso sindical permanente, de tal manera que no ejercía las funciones propias del cargo.

Precisó lo relacionado con la presidencia del sindicato, manifestando que *“... los recursos económicos que ingresan al Sindicato, del cual fue Presidente el señor **Castro Rodríguez** fueron manejados por las autoridades dispuestas en los estatutos y reglamentos. Son diferentes, por demás, los ordenadores del gasto y del pago, razón por la cual deben demostrarse los gastos que fueron ordenados o cancelados directamente por el demandado. De igual manera no se precisó la fecha del ingreso de dineros informados y menos aún en qué fueron gastados o utilizados”*¹⁸.

¹⁷ Folio 182.

¹⁸ Folio 261.

Formuló las siguientes excepciones:

- Inepta demanda: por cuanto no se reúnen los requisitos exigidos en el ordenamiento procesal para tener por acreditado el presupuesto de “demanda en forma”.
- Falta de integración del Litis consorcio necesario con el partido Polo Democrático Alternativo, entidad política con reconocimiento legal que igualmente debe estar vinculada, en razón de constituir el primer paso para obtener una inscripción válida.
- No cumplirse con la carga de argumentación y prueba exigidas para dar lugar a la iniciación del proceso.
- Inexistencia de las causales invocadas, por cuanto las que constituyen inhabilidad son de aplicación restrictiva.

En relación con la causal de inhabilidad referida a la gestión de negocios, precisó que el demandado no tenía la condición de empleado público, sino de trabajador oficial y que el dinero que se recibió de la EAAB fue por parte del sindicato de trabajadores para adelantar la negociación sindical, la cual no tenía a su cargo la administración de tributo alguno.

1.2. Proceso radicado No. 2015-02342

1.2.1. Pretensiones

El 18 de noviembre de 2015, el señor Juan Diego Canizalez Hernández, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección de Nelson Castro Rodríguez, como Concejal de Bogotá - Distrito Capital, para el período 2016-2019, expedido el 12 de noviembre de 2015.

Formuló las siguientes pretensiones:

“1. Se declare que el señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ** se encontraba inhabilitado al momento de la inscripción como candidato al Concejo de Bogotá D.C.

2. Se declare que el señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ** se encontraba inhabilitado al momento de los comicios llevados a cabo el pasado 25 de octubre de 2015.

3. Se declare NULO el acto que declara la elección popular del señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ** como concejal de Bogotá D.C. y la cual fue conocida en audiencia pública el día 12 de noviembre de 2015. Como consecuencia solicito a su despacho se cancele la credencial expedida a **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ**. El acto administrativo que declara la elección de CASTRO RODRÍGUEZ se individualiza así: Acto administrativo de declaratoria de elección, mediante la cual se declaran electos concejales de Bogotá D.C. para el período 2016-2019 de fecha 12 de noviembre de 2015...”

4. Como consecuencia de la nulidad del acto que declara la elección del señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ** se llame a la persona que le sigue en lista para que tome posesión como Concejal de Bogotá D.C.”¹⁹

1.2.2. Hechos probados y/o admitidos

Los fundamentos fácticos de la demanda corresponden a los reseñados en el acápite 1.1.2. de esta providencia.

1.2.3. Normas violadas y concepto de violación

El actor consideró que el demandado se encontraba inhabilitado para ser concejal, por cuanto tenía la calidad de trabajador oficial de la EAAB para las fechas de inscripción y de elección.

Agregó que, con la elección del señor Castro Rodríguez se *“están vulnerando los artículos 6, 123 y 127 de la Constitución Nacional y se está poniendo en grave riesgo el valor democrático y participativo que inspira la Constitución Política”*.

Manifestó que la causal de nulidad que se invoca en el presente caso es la contenida en el artículo 275 numeral 5º de la Ley 1437 de 2011, por encontrarse el demandado incurso en causal de inhabilidad.

La parte demandante solicitó que decretara como medida cautelar la suspensión provisional del acto electoral.

1.2.4. Actuaciones procesales relevantes

1.2.4.1. Auto admisorio de la demanda

¹⁹ Folio del cuaderno 2.

En auto del 25 de enero de 2016, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “A” admitió la demanda y ordenó: (i) Vincular al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Distrital; (ii) notificar personalmente al demandado; (iii) notificar a la Organización Nacional Electoral – Comisión Escrutadora de Bogotá D.C., al Registrador Nacional del Estado Civil y al Registrador Distrital de Bogotá.²⁰

En la misma providencia se negó la solicitud de suspensión provisional del acto cuestionado por no haberse aportado prueba que sustente la solicitud.

1.2.4.2. Contestación de la demanda

Registraduría Nacional del Estado Civil

El Registrador Distrital del Estado Civil, presentó intervención en los mismos términos expuestos con ocasión de la demanda instaurada por Any Katherine Álvarez Castillo.²¹

- **Demandado Nelson Castro Rodríguez**

El apoderado judicial del demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, en los mismos términos en que lo hizo con ocasión de la demanda anterior y formuló las mismas excepciones²².

1.2.4.3. Audiencia inicial

El 24 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se revisó la legalidad de la actuación, encontrándola adecuada al ordenamiento jurídico, se decidieron las excepciones previas y mixtas propuestas por la parte demandada, negando la de inepta

²⁰ Folios 17 a 21 del cuaderno 2.

²¹ Folios 223 a 250 del cuaderno 1.

²² Folios 37 a 52 del cuaderno 2.

demanda y la referida a la indebida integración del contradictorio con el partido político al que pertenece el demandado, decisiones en relación con las cuales no se interpuso recurso alguno.

En relación con el incumplimiento en la carga argumentativa y la omisión de indicar las normas jurídicas en que se sustenta la demanda, la Magistrada conductora de la audiencia consideró que efectivamente *“el actor no invocó de manera expresa el sustento normativo que precise la causal de inelegibilidad que asevera le asiste al demandado, omitiendo de esa manera acreditar a cabalidad el mandato contenido en el artículo 162 del C.P.A.C.A. en su numeral 4º, que dispone que el escrito de demanda en tratándose de la impugnación de un acto administrativo, debe contener ‘las normas violadas y el concepto de violación’”*²³.

El despacho consideró que, en consecuencia, la excepción tenía la vocación de prosperar pero que, como podía poner fin al proceso, la decisión debía ser proferida por la Sala, motivo por el cual dispuso la suspensión de la diligencia.

A continuación, el apoderado judicial del concejal demandado solicitó que se acumularan los procesos que se tramitan por los mismos hechos, citando los radicados correspondientes, decisión que fue pospuesta por la magistrada sustanciadora para impartirle el trámite consagrado en las normas procesales.

1.3. Proceso radicado 2015-02753

1.3.1. Pretensiones

El señor Martín R. Quijano Arias, obrando en calidad de representante legal del Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia “SINTRAEMSDDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ”, el 16 de diciembre de 2015, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Nelson Castro Rodríguez como concejal de Bogotá D.C., por el partido Polo Democrático Alternativo.

El sindicato demandante formuló las siguientes pretensiones:

²³ Folio 121 del cuaderno 2.

“1. Se declare la nulidad del formulario **E-26 CON** de fecha 12 de noviembre de 2015 expedido por la Comisión Escrutadora, mediante el cual se declaró la elección del señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.350.192 como Concejal de Bogotá D.C. para el período 2016 -2019, como consta en el acta de Escrutinio General cuya copia se adjunta.

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare nula el Acta General de Escrutinio de la Comisión Escrutadora de fecha 12 de noviembre de 2015 en lo que respecta al registro de la elección del señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.350.192 como Concejal de Bogotá D.C. para el período 2016 -2019 de la lista respectiva por el **POLO DEMOCRATICO ALTERNATIVO**.

3. Se declare la nulidad de todos los actos y registros electorales que sirvieron de base y fundamento al acto demandado en precedencia.

4. Se proceda a la cancelación de la respectiva credencial que acredita la condición de concejal del Distrito de Bogotá, período constitucional 2016-2019 al señor **NELSON CASTRO RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.350.192”²⁴.

1.3.2. Hechos probados y/o admitidos

Los supuestos fácticos en que la parte demandante sustentó las pretensiones de la demanda son los mismos que se refirieron en el acápite 1.1.2.

1.3.3. Causales de nulidad del acto electoral y concepto de violación

La parte actora invocó como causales de nulidad del acto electoral censurado: (i) haber sido expedido con violación de normas de superior jerarquía; y (ii) encontrarse el demandado incurso en causales de inhabilidad.

Como causales de inhabilidad refirió la consagradas en el numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, que contiene el régimen especial del Distrito Capital, y la prevista en el artículo 40 numeral 3º de la Ley 617 de 2000.

Afirmó que el candidato aprovechó su condición de Presidente del Sindicato de Trabajadores SINTRASERPUCOL para realizar

²⁴ Folio 1 vuelto del cuaderno No. 1 del Radicado 2015-2753, referencia No. 7.

promesas a los empleados, ofrecer vinculaciones a la entidad que efectivamente se materializaron, generando un desequilibrio con los demás candidatos.

Consideró que el demandado incurrió en violación de las siguientes normas de superior jerarquía: artículos 110 y 127 de la Constitución Política; artículo 49 numeral 39 de la Ley 734 de 2002; artículo 38 numeral 2º de la Ley 996 de 2005.

La parte demandante solicitó que se decretara como medida cautelar la suspensión provisional del acto electoral.

1.3.4. Actuaciones procesales relevantes

1.3.4.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 28 de enero de 2016 se admitió la demanda presentada, se negó la medida cautelar referida a la suspensión provisional del acto electoral y se dispusieron las notificaciones y vinculaciones a que se refiere el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, las que se cumplieron en debida forma²⁵.

La solicitud de suspensión provisional del auto se negó por las siguientes razones:

(i) En relación con el artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, por considerar que la norma se encuentra derogada en forma tácita por lo que no es posible aplicarla para establecer la supuesta inhabilidad en que habría incurrido el demandado.

Para el efecto, puso de presente que la Sección Quinta en sentencia del 21 de mayo de 2009, proferida en el radicado con 25000-23-31-000-2008-00007-01 con ponencia del Magistrado Mauricio Torres Cuervo, explicó que, respecto a la disposición en cita, había operado el fenómeno de derogatoria tácita con la expedición de la Ley 617 de 2000, sin que fuera viable entender que para los concejales de Bogotá había coexistencia de los dos regímenes de inhabilidades.

²⁵ Folios 177 a 187 del cuaderno 1 del Radicado 2015-2753.

(ii) Sobre la participación en política durante el término de duración de la licencia no remunerada, afirmó que la medida debía negarse, no solo porque el demandante no precisó la norma del Decreto 1950 de 1973 que según su criterio contenía la prohibición de participar en política, sino porque además la prohibición contemplada en el artículo 68 de dicha codificación solo era aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva, sin que se encontrara acreditado en ese momento procesal que el demandado ejercía como tal.

(iii) Con respecto a la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, previa delimitación de la causal consideró que la copia del documento que contiene el contrato de trabajo es *“totalmente ilegible por lo que no es posible determinar su naturaleza jurídica, contenido y alcance para valorar la posible configuración de la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, razón por la cual en esta instancia procesal no es posible pronunciarse al respecto”*²⁶.

Contra la decisión anterior la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia del 28 de abril de 2016, en la que la confirmó, para lo cual analizó **únicamente** los argumentos expuestos en el recurso de alzada, referidos a la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el recurrente no presentó razonamiento alguno en relación con las demás causales de inhabilidad objeto de pronunciamiento por el *a quo*, por lo que el principio de limitación de la competencia le imponía pronunciarse sólo sobre lo que fue objeto de la alzada.

En sede de apelación, esta causal de inhabilidad se examinó desde el supuesto factico referido a haber *“intervenido durante el año inmediatamente anterior a la elección en la gestión de negocios en interés propio o a favor de terceros”*, por ser la que mayor riqueza descriptiva tenía con respecto a la causal de inhabilidad invocada.

Con respecto a la misma, la Sala precisó que su finalidad es *“garantizar la igualdad de las elecciones, dado que la celebración de un contrato estatal puede otorgar notoriedad al contratista frente al electorado”*, habiéndose examinado ampliamente los requisitos que deben concurrir para la configuración de la causal.

²⁶ *Ibíd.* Folio 185.

Al analizar el caso concreto en esa oportunidad procesal, la Sala consideró que *a quo* erró al relevarse del estudio de la inhabilidad alegada aludiendo que el documento que contenía el contrato era ilegible porque, de un lado, pese a que dicho escrito carece de condiciones óptimas de legibilidad, lo cierto es que sí se pueden extraer elementos importantes para estudiar la inhabilidad, *“tales como la fecha de la suscripción²⁷, la naturaleza del contrato²⁸, las partes que lo suscribieron²⁹, entre otros aspectos³⁰, y, de otro, debido a que en el expediente obran varios documentos que podrían dar por acreditada la relación contractual entre el demandado y la EAAB E.S.P.”³¹.*

Con fundamento en los referidos medios de convicción, examinó los elementos estructurantes de la inhabilidad, concluyendo que no se reunía el requisito temporal, por cuanto el contrato de trabajo se había celebrado hacía más de veinticinco (25) años, esto es, por fuera del año anterior a la fecha de la elección, sin que la concesión de licencia no remunerada pueda entenderse como celebración de un nuevo contrato, por tratarse de una situación administrativa del trabajador.

La Sala concluyó que *“La decisión de primera instancia que negó la suspensión provisional del acto acusado debe ser confirmada, toda vez que, en esta etapa procesal no están acreditados los elementos que configuran la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos contemplada en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000”³².*

²⁷ En el folio 170 y 161 se lee que el contrato fue suscrito el día 19 de julio del año 1989.

²⁸ En el encabezado tanto del folio 161 como del 170 se lee que aquel es *“un contrato individual de trabajo a término indefinido”*.

²⁹ Tanto en el folio 161, así como en el 170 se observa que el contrato fue suscrito entre el señor Nelson Castro Rodríguez (trabajador) y Miguel Ricaurte L. como representante de la EAAB E.S.P.

³⁰ Del mismo documento también se puede extraer la fecha en la que el demandado iniciaría laborales, el oficio que aquel desempeñaría así como el lugar en donde ejecutaría su labor, el salario a recibir y la forma de pago.

³¹ En esta oportunidad relacionó las siguientes pruebas: Copia de la solicitud de licencia no remunerada por el periodo del 24 de julio de 2015 al 9 de noviembre de 2015 elevada por el demandado a la Gerente Corporativa de Gestión Humana de la EAAB E.S.P. (Fl. 159 y 172 del cuaderno de medida cautelar); Copia del memorando interno N° 1421001-2015-2308 de 23 de julio de 2015 dirigido a Nelson Castro Rodríguez en el que se accede a la solicitud de licencia no remunerada (Fl. 158 y 173 cuaderno de medida cautelar); Copia del contrato individual de trabajo a término indefinido entre Nelson Castro Rodríguez y la EAAB E.S.P. (fl.161-162 reiterado a folios 170-171 del cuaderno de medida cautelar); Copia del memorando interno N° 1421001-2015-3704 de 21 de octubre de 2015 en el que se autoriza la licencia no remunerada al señor Castro Rodríguez hasta el día 9 de noviembre de 2015 (Fl. 174 del cuaderno de medida cautelar); Derecho de petición radicado por el demandante ante la EAAB E.S.P. en el cual solicita varios documentos relacionados con el contrato laboral del demandado (fl. 176 del cuaderno de medida cautelar).

³² La providencia que resolvió el recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar, con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, obra a folios 223 a 232 del cuaderno No. 1 del radicado 2015-2753.

2. Acumulación de procesos

Mediante auto del 3 de junio de 2016, se decretó la acumulación de los procesos radicados con los números 2015-02753 y 2015-02342 al expediente No. 2015-02491 y se realizó el sorteo de magistrado ponente, en diligencia que se llevó a cabo el 14 de junio de 2016.

3. Audiencia inicial

El 3 de octubre de 2016 se celebró la audiencia inicial, en la cual, previo saneamiento del proceso, se negaron las excepciones previas formuladas por la parte demandada, referidas a la ineptitud de la demanda, a la indebida integración del contradictorio y a la ausencia de argumentación, se desvinculó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, por carecer de legitimación en la causa por pasiva en el presente trámite electoral, decisiones que cobraron firmeza ante la no interposición de recurso por la partes, constancia que se dejó en el acta.

A continuación, en la etapa de fijación del litigio, el magistrado director de la audiencia concretó los supuestos fácticos, transcribió las pretensiones de cada una de las demandas acumuladas y de la contestación de la demanda, dejando expuestos los cargos de nulidad invocados en los tres procesos acumulados y el concepto de violación expuesto en los mismos³³.

El magistrado sustanciador se pronunció sobre los medios de convicción allegados a la actuación y los solicitados por las partes e intervinientes, concediéndoles el valor que les asignara la ley; decretó las pruebas documentales y los oficios solicitados por las partes.

De las decisiones adoptadas en el marco de la audiencia inicial se corrió traslado a los asistentes, quienes no interpusieron recurso alguno, por lo que las mismas cobraron firmeza, saneándose la actuación adelantada hasta esta etapa procesal.

4. Audiencia de pruebas

³³ En esta oportunidad no se concretaron los problemas jurídicos que serían materia del litigio.

El 6 de diciembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la que se incorporaron al proceso los documentos allegados y se recibieron las declaraciones de los señores Miguel Poveda Riaño y Miguel Fernández Quiroga, prescindiéndose de la audiencia de alegaciones, disponiéndose que se presentaran por escrito.

5. Alegatos de conclusión

5.1 Alegatos presentados por el apoderado del demandado

En escrito radicado el 19 de diciembre del 2016³⁴, el apoderado del concejal demandado, presentó alegatos de conclusión en los cuales reiteró su oposición a las pretensiones de la parte actora.

Precisó las pretensiones de los demandantes en cada uno de los procesos acumulados, así como el fundamento de las mismas e indicó, respecto de la presunta incursión en la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, que se fundamentó en que el demandado se desempeñó como trabajador oficial en una entidad del distrito durante los tres (3) meses anteriores a la fecha de su elección como concejal, que acceder a ello implicaría el desconocimiento de lo que ha considerado el Consejo de Estado, al advertir que la con la Ley 617 del 2000, se produjo la derogatoria tácita del régimen de inhabilidades que consagró en su momento el Decreto Ley especial que se dictó para el Distrito Capital.

Respecto de la intervención en política, indicó que la existencia de diferencias sustanciales entre las categorías de empleado público y trabajador oficial, implica, necesariamente, tratamientos jurídicos diferentes, en tanto el primero se tiene un vínculo legal y reglamentario, mientras que el segundo se celebra un contrato de trabajo con el Estado. Con fundamento en ello, manifestó que la normativa alegada como desconocida respecto de dicho cargo, se refiere exclusivamente a empleados públicos y no a los trabajadores oficiales.

Sobre este particular, resaltó que *“al no estar expresamente incluidos los trabajadores oficiales en la prohibición constitucional (...) el derecho a*

³⁴ Folio 547

*esta participación no está suspendido en su ejercicio*³⁵, por lo que –a su juicio–, mientras no se expida la ley estatutaria a que se refiere el inciso 3º del artículo 127 Constitucional, las limitaciones a derechos políticos allí incluidas, sólo podrán entenderse dirigidas los empleados públicos.

De otro lado, indicó que no es posible invocar como causal de nulidad electoral la infracción, por parte de quien resulta beneficiado por la voluntad popular, de un deber o prohibición general, sin que se hubiere expuesto expresamente por el ordenamiento jurídico que ello implica una situación de inelegibilidad o que impida su nombramiento³⁶.

En relación con la presunta participación en la gestión de negocios, precisó que *“la gestión que un Sindicato (sic) pueda adelantar en favor no sólo de sus miembros sino igualmente del personal en general de trabajadores de una Empresa oficial (sic), es institucional, no personal de los mismos, o sea de sus miembros. El ‘negocio’ lo gestiona y celebra una persona jurídica legalmente reconocida y acreditada ante la Empresa (sic) como tal, bajo el derecho y el amparo de las leyes y con la garantía de que la normativa superior impone a los agentes del Estado. Los beneficios obtenidos corresponden al ejercicio legítimo de los derechos de los asalariados organizados sindicalmente, tras un acuerdo final que permite la celebración de una Convención (sic) colectiva así no se suscriba, como negociador o como representante legal del Sindicato (sic), por un aspirante a cargo de elección popular.”*³⁷

En esta medida, consideró que las pruebas aportadas al proceso, distan de demostrar que la actividad desplegada por el demandado es inhabilitante, lo que conlleva en forma inexorable a que se niegue la pretensión en tal sentido.

Reseñó la sentencia del 4 de septiembre del 2008³⁸, radicación 73001-23-31-000-2007-00703-01, C.P. Filemón Jiménez Ochoa, en la cual se expusieron los requisitos para la configuración de la causal de inhabilidad por gestión o celebración de negocios, los cuales se concretan en que (i) el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; (ii) que ello hubiere

³⁵ Folio 566.

³⁶ Folio 567.

³⁷ Folio 569.

³⁸ Folio 571.

ocurrido dentro de los 12 meses anteriores a la elección; (iii) que el cargo implique el ejercicio de jurisdicción, autoridad civil, política o militar; y (iv) que todo lo anterior hubiere ocurrido en el territorio del municipio correspondiente.

Concluyó que, “... las decisiones fueron adoptadas por un colectivo sindical en representación de los sindicalizados, bien por una Asamblea General, o la Junta directiva o la Comisión Negociadora, u otras Comisiones, y no por una persona natural que a su vez era trabajador oficial”³⁹.

5.2. Alegatos de Juan Diego Arturo Canizalez Hernández

El apoderado judicial del demandante, en escrito del 11 de enero del 2017⁴⁰, precisó que los medios de convicción allegados al proceso demostraron, en forma fehaciente, que el señor Nelson Castro Rodríguez no se encontraba habilitado constitucionalmente para posesionarse como Concejal del Distrito Capital de Bogotá, así como para inscribirse como candidato en los comicios electorales del 2015, dada su condición de servidor público.

Alegó que, la única forma de desvirtuar la calidad alegada sería un documento en donde constara que el demandado renunció a la misma, el cual no fue allegado en las oportunidades procesales correspondientes. Agregó que la Constitución habilita a los servidores públicos para realizar sólo aquello que ella –o la ley– expresamente autorizan, razón por la cual, al no existir el correspondiente estatuto que regule la forma de participación en política de los servidores públicos en su calidad de trabajadores oficiales, el señor Castro Rodríguez no podía ser elegido Concejal de Bogotá D.C., y mucho menos, solicitar licencia a efectos de adelantar actividades proselitistas.

De esta forma, señaló que el señor Nelson Castro Rodríguez desconoció la moralidad y rectitud que se exige respecto de quienes están llamados a ocupar cargos públicos.

5.3. Alegatos de SINTRAEMSDES

³⁹ Folio 572.

⁴⁰ Folio 573.

En memorial radicado el 11 de enero del 2017⁴¹, la apoderada judicial del sindicato demandante indicó que el demandado al momento de su elección como Concejal, ostentaba la calidad de servidor público, por encontrarse vinculado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. S.A., mediante contrato de trabajo, calidad que no perdió por las licencias que le fueron autorizadas por el nominador.

Resaltó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴² ha precisado que la participación en política de empleados públicos está claramente supeditada a la expedición de la correspondiente ley estatutaria, por lo que no es acertado considerar que el demandado se encontraba habilitado para el efecto, lo que se suma a la existencia de causales de inhabilidad específicas, consagradas para trabajadores oficiales del Distrito Capital, en los términos del numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, encontrándose esta última norma vigente, a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley 617 del 2000.

Manifestó que las pruebas aportadas legal y oportunamente al expediente, acreditaron la vinculación del demandado, al momento de su inscripción y de la elección, a una empresa del orden distrital, lo que le confirió la calidad de servidor público. Así mismo, concluyó que también se demostró la gestión de negocios ante entidades del distrito capital, lo que -a su juicio-, implicó una actividad proselitista al interior de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., generándose un contexto de especial cercanía con los trabajadores de esta, precisando que ello se demostró con los testimonios recabados.

5.4. Alegatos de Any Katherine Álvarez Castillo

La apoderada judicial de la demandante, en escrito del 12 de enero del 2017⁴³, precisó que el hecho quinto de la demanda, relacionado con la calidad de servidor público del demandado, se demostró a través de pruebas documentales, como el contrato de trabajo celebrado con la entidad descentralizada del orden territorial, así como las licencias remuneradas solicitadas a su empleador y concedidas por este.

⁴¹ Folio 576.

⁴² Citó para el efecto, el concepto del 18 de marzo de 1992, radicación No. 430.

⁴³ Folio 607.

Precisó el contenido del artículo 123 constitucional –en relación con las categorías de servidores públicos–, señalando que el señor Castro Rodríguez no perdió tal calidad durante las licencias concedidas dado que, en estricto sentido, no se presentó una renuncia al cargo que ostentaba al interior de la entidad distrital mencionada.

Adicionalmente, resaltó que varios testimonios indicaron que la sede de la campaña del demandado se encontraba en cercanías de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., así como existen fotografías aportadas al expediente en las cuales se observa al demandado realizando actos proselitistas frente a funcionarios de dicha entidad.

De esta forma, encontró que se probó, en el trámite de la actuación judicial, que el señor Nelson Castro Rodríguez incurrió en la *“inhabilidad constitucional”* consagrada en el artículo 127 Superior, siendo claro que aún no se ha expedido la correspondiente ley estatutaria que regule la participación en política de servidores públicos.

Posteriormente, relacionó la prueba documental y testimonial que demostró, según su apreciación, la respectiva gestión de negocios ante la EAAB, dado que se acreditó que, en su calidad de presidente y representante legal del Sindicato de Trabajadores de Servicios Públicos, Entidades Adscritas, Vinculadas e Independientes de Colombia, denunció la Convención Colectiva de Trabajo que se encontraba vigente y -durante el año 2015-, hizo parte de la negociación colectiva de trabajo, sin que se evidencie algún documento que lleve a concluir que el señor Castro Rodríguez renunció a su calidad de negociador durante ese proceso.

Finalmente, hizo referencia a la configuración, en cabeza del concejal demandado de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 28 del Decreto Ley 1421 de 1993, el cual, indicó, es norma especial que prevalece sobre las disposiciones de la Ley 617 del 2000, en aplicación de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

6. Concepto de la Procuraduría Primera Judicial II Administrativa

En oficio del 12 de enero del 2017⁴⁴, la Procuradora Primera Judicial II para Asuntos Administrativos, rindió concepto dentro del proceso de la referencia.

En primer lugar, previa referencia al régimen jurídico de los trabajadores oficiales, explicando sus principales características – en especial, su vinculación de orden contractual y la posibilidad que éstos tienen de solicitar licencias no remuneradas-, centró su exposición en la regulación constitucional y legal relacionada con la participación en política de los servidores públicos.

Examinó el contenido del artículo 127 constitucional, indicando que consagra la posibilidad de que estatutariamente se regule la actividad proselitista de quienes prestan sus servicios al Estado, condicionando ello a la expedición de ley estatutaria por parte del órgano legislativo.

Expuso el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-794 del 2014, señalando que acoge el mismo, por lo que entiende que hasta tanto no se expida la regulación correspondiente, ningún servidor público puede alegar un derecho subjetivo respecto de la participación en actividades de partidos o movimientos políticos o controversias partidistas.

Con posterioridad a ello, estudió cada una de las causales de inhabilidad alegadas, para concluir:

- Respecto de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar que dicho precepto normativo fue derogado tácitamente tras la expedición de la Ley 617 del 2000.
- Con relación a la inhabilidad por celebración de contratos consagrada en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 del 2000, que ella se configura solamente si se demuestra la intervención en la celebración del contrato dentro de los

⁴⁴ Folio 585.

doce meses anteriores, no en su ejecución. Así las cosas, concluyó que el contrato de trabajo suscrito por el demandado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., se celebró por fuera del período inhabilitante, tal como lo concluyó la Sección Quinta del Consejo de Estado en la providencia que resolvió el recurso de apelación en relación con el auto que negó la suspensión provisional del acto electoral acusado.

- De la inhabilidad por la gestión de negocios, prevista en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 del 2000, considero que se demostró que dentro del período inhabilitante, el actor participó activamente en la negociación de la Convención Colectiva 2015-2019 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., lo que -a su juicio- implica que intervino activamente en la gestión de un negocio que culminó con la suscripción del referido acto laboral que beneficiaría a terceros, a saber, los demás trabajadores de la empresa distrital mencionada.

Agrego que, del contenido de la Convención Colectiva suscrita con la intervención del demandado, se advierte que se obtuvieron beneficios adicionales a los previamente existentes, en tanto, en la misma se incluyeron aspectos directamente relacionados con el giro ordinario de los negocios de la entidad, como por ejemplo, el manejo de activos de la compañía como política para lograr la recuperación de las cuencas hídricas del Distrito Capital de Bogotá, concluyendo entonces que se demostró fehacientemente la configuración de la inhabilidad en comento y, en consecuencia, de la causal de nulidad del acto electoral contemplada en el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda y se declarara la nulidad del acto electoral al advertir la configuración de las causales de nulidad.

7. Sentencia de primera instancia

En fallo del 15 de junio del 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, accedió a las

pretensiones de las demandas acumuladas y, en consecuencia, declaró la nulidad parcial del acto electoral contenido en el formulario E-26 CON de la ciudad de Bogotá, expedido el 12 de noviembre del 2015, respecto de la elección del señor Nelson Castro Rodríguez como concejal por el partido político Polo Democrático Alternativo para el período 2016-2019.

Para arribar a la citada resolutive, el *a quo* inició el estudio del caso con las “*inhabilidades*” consagradas en los artículos 110 y 127 constitucionales, relacionadas con la intervención en política del señor Nelson Castro Rodríguez, que se fundamentaron que, en su condición de servidor público, no le era posible realizar actividades proselitistas, por no haberse expedido por parte del Congreso una ley estatutaria que regulara tal actividad.

En primer lugar, precisó que el estudio de la causal de nulidad alegada con fundamento en dichas normas, se centraría en el artículo 127 constitucional, dado que el 110 hace referencia a la prohibición para quien ejerza funciones públicas de realizar aportes a campañas, o de inducir a otros a que así lo hagan, supuesto de hecho que no guarda relación con el objeto del litigio.

Seguidamente, señaló que el artículo 127 constitucional, en su versión original, permitía la participación en actividades y controversias políticas, en las condiciones que señalara la ley, excepción hecha de aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o que se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control.

Precisó que la norma en comento fue objeto de modificaciones por medio del Acto Legislativo 02 del 2004, de lo cual se puede desprender (i) que existe prohibición absoluta de participación en política para los empleados del Estado que presten sus servicios en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, sin perjuicio de que puedan ejercer libremente el derecho al sufragio; y (ii) que los empleados no contemplados en las categorías anteriores podrán participar en actividades políticas y controversias, pero en las condiciones que señale la ley estatutaria.

Hizo referencia a los fines específicos de la prohibición en comento, fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-794

del 29 de octubre del 2014, advirtiendo que en dicho fallo de constitucionalidad se fijó que la participación en actividades y controversias políticas por parte de empleados del Estado está subordinada a la expedición de la correspondiente ley estatutaria por parte del Congreso de la República, lo cual se fundamenta en que, ante la novedad de dicha habilitación en el texto constitucional, es necesario que exista un régimen que establezca reglas claras sobre el particular, dadas las tensiones que se pueden presentar al permitirse la intervención de funcionarios públicos en asuntos proselitistas.

Al abordar el caso concreto, encontró que en el proceso se acreditó que el señor Nelson Castro Rodríguez celebró contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., el 9 de julio de 1989, con fecha de inicio el 1º de agosto del mismo año. Preciso que, de conformidad con el Acuerdo 6 de 1995, la referida entidad tiene la condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter distrital, por lo que en aplicación del artículo 41 de la Ley 142 de 1994, sus empleados se rigen por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, es decir, están sujetos al régimen jurídico de los trabajadores oficiales.

Así mismo, encontró que con escrito radicado el 23 de julio de 2015, el demandado solicitó licencia no remunerada, la cual le fue aprobada por el nominador para el período comprendido entre el 24 de julio y el 21 de septiembre de la referida anualidad. Con posterioridad, el actor solicitó distintas prórrogas a la mencionada licencia, lo que conllevó al final el período de separación temporal de sus funciones se extendió hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Previa referencia a las normas que consagran el régimen normativo de los trabajadores oficiales, centró su razonamiento en la posibilidad con la que cuentan estos para suspender el contrato de trabajo celebrado con la administración, lo cual, de conformidad con el numeral 4º del artículo 2.2.30.6.8 del Decreto 1083 del 26 de mayo del 2015, ocurre por el otorgamiento de una licencia o permiso temporal concedido por el empleador.

Señaló que, a pesar de lo anterior, ello no implica que se pierda la calidad de trabajador oficial, en tanto la vinculación con la entidad

continúa vigente, sólo que el empleado se encuentra relevado del cumplimiento de las funciones y deberes propios del empleo.

Bajo el anterior contexto normativo y fáctico, el Tribunal de primera instancia, encontró que *“... el señor Nelson Castro Rodríguez para el momento en que se inscribió como candidato al concejo de Bogotá, esto es, el 24 de julio del 2015, y para la fecha en que fue declarado oficialmente electo como concejal, es decir el 12 de noviembre de 2015 mediante el formulario E-26 CON, aún continuaba siendo servidor público en su condición de trabajador oficial puesto que su contrato de trabajo no se extinguió ni terminó sino que fue suspendido transitoriamente por una licencia no remunerada que inicio el 24 de julio del 2015 y concluyó el 31 de diciembre del mismo año”*⁴⁵.

Reiteró que el artículo 127 constitucional condiciona la participación en política de empleados del Estado a la expedición de una ley estatutaria, *“... sin que exista norma expresa o especial que exceptúe de tal condicionamiento constitucional a los trabajadores oficiales, por tanto no es jurídicamente posible predicar ese tipo de excepción en favor de los trabajadores oficiales, como equivocadamente lo argumenta el señor Nelson Castro Rodríguez persona respecto de la cual se demanda su elección como concejal de Bogotá D.C., por cuanto en el Estado de derecho la consagración de excepción a las normas o reglas debe ser expresa.”*⁴⁶

Concluyó que *“... lo anotado deja claro que el demandado infringió el precepto constitucional contenido en el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2004, en tanto siendo servidor público no podía inscribirse ni ser elegido como concejal ya que aún no se ha expedido la Ley estatutaria que autorice y fije las condiciones de participación en política para los empleados o funcionarios estatales referidos en la citada disposición, requisito constitucional este de obligatoria observancia como se ha explicado, hecho que pone en evidencia que se incurrió en la causal de nulidad electoral establecida en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 referente a que los actos de elección o nombramiento son nulos cuando se elige o se nombra a personas que no reúnen las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o se hallen incursos en causales de inhabilidad.”*⁴⁷

Con fundamento en ello, consideró procedente declarar la nulidad parcial del acto demandado, advirtiendo que la Sala se relevaba de estudiar los demás cargos elevados en las demandas, en tanto

⁴⁵ Folio 694.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Folio 696.

con lo examinado resultaba suficiente a efectos de acceder a las pretensiones anulatorias del acto de elección.

8. Recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado

El apoderado del demandado, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma fuera revocada, bajo la siguiente línea argumentativa:

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario:**

Alegó que, desde la contestación de la demanda expuso que era necesaria la vinculación del partido Polo Democrático Alternativo, así como del Consejo Nacional Electoral, dado el interés que les asiste en las resultas del proceso.

Indicó que dicha situación se expuso como una excepción previa, que fue despachada negativamente, por lo que el proceso está viciado de nulidad que debe ser declarada en segunda instancia.

- **Incompetencia funcional del magistrado ponente en primera instancia**

Alegó que, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con un año para la decidir las acciones de nulidad electoral. De otro lado, puso de presente que según el artículo 121 del Código General del Proceso, vencido el término para dictarse el correspondiente fallo, se tiene como consecuencia la pérdida de competencia del funcionario judicial para conocer del proceso.

En el caso concreto, la demanda se admitió el 28 de enero del 2016 y la sentencia se dictó el 15 de junio del 2017, es claro que el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca perdió su competencia funcional respecto del conocimiento del proceso, lo que implica que la actuación posterior a la fecha en que se cumplió el año para fallar el proceso, son nulas de pleno derecho, lo que abarca claramente la sentencia apelada.

- **La sentencia efectuó una interpretación amplia y no restringida de la prohibición contenida en los incisos 2º y 3º del artículo 127 constitucional, desconociendo los criterios de interpretación restrictiva, literal y taxativa de las prohibiciones**

Sobre el particular, indicó que de la redacción de la norma constitucional que fundamentó la declaratoria de nulidad en la sentencia de primera instancia, se entiende que la misma hace referencia a los empleados públicos, sin que el constituyente hubiera incluido a los trabajadores oficiales, categoría a la que pertenecía el demandado.

Así las cosas, entendió que al no haberse incluido en forma expresa a los trabajadores oficiales en la citada prohibición, se entiende que ellos están habilitados para participar en política, sin importar la existencia o no de una ley estatutaria.

Al respecto, indicó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-794 de 2014, indicó que *“... la prohibición de participar en el debate político es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce la función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de las funciones”*.

Finalmente, resaltó que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha entendido que la interpretación de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, debe ser restringida y literal, en tanto limitan el ejercicio de derechos fundamentales dispuestos en la Constitución Política.

- **La sentencia apelada desconoció el precedente vertical de las Secciones Quinta y Primera del Consejo de Estado, sobre el entendimiento de la prohibición contenida en el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución**

Sobre ello, indicó que en fallo del 14 de mayo de 2015, con radicación 2014-00734-01, la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que la falta de acción legislativa respecto de la emisión de la correspondiente ley estatutaria, no permitía concluir que la posibilidad de participación en política de servidores

públicos estaba restringida, siendo claro que ello, hasta tanto se dicte dicha norma, está limitado únicamente en los parámetros que la propia Carta Política prevea.

De otro lado, alegó que la Sección Primera, en fallo del 17 de noviembre del 2016 (Rad. 44001-23-33-002-2016-00114-01 (PI)), consideró que solamente los servidores incluidos en el texto de la prohibición, tienen restringida su posibilidad de participación en actos proselitistas.

- **La sentencia apelada no armonizó las normas internas con los compromisos internacionales sobre derechos humanos**

La interpretación de prohibición absoluta para participar en actividades o controversias políticas en los términos expuestos por el Tribunal de primera instancia, implica una restricción desproporcionada al derecho fundamental consagrado en el artículo 40 de la Constitución (derecho a elegir y ser elegido), lo que significa que se desconoció la obligación derivada del artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, relacionada con el deber de respetar y garantizar la eficacia de las garantías allí reconocidas, así como la de adoptar disposiciones del derecho interno que permita la concreción de los derechos humanos, dentro los cuales se encuentran los derechos políticos.

Trajo también a colación normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, alegando que las restricciones a derechos humanos deben ser expresas en el ordenamiento jurídico interno, lo que en Colombia se cumplió en el artículo 127 constitucional solamente respecto de los funcionarios de la Rama Judicial y de los órganos de control, electorales y de seguridad.

- **La sentencia de primera instancia desconoció el parámetro de interpretación *pro homine***

Respecto al fundamento del fallo dictado por el tribunal *a quo*, indicó que el mismo desconoció la interpretación más favorable a efectos de garantizar el contenido del derecho fundamental a elegir y ser elegido, siendo esta la que indica que ante la falta de regulación estatutaria, se debe entender que los demás empleados del Estado –no incluidos en el inciso 2º del artículo

127 Superior- están habilitados para la participación en actividades y controversias de tipo proselitista.

- **El fallo apelado aplicó una línea jurisprudencial indicativa, contenida en sentencia C-794 del 2014, que hace referencia a la aplicación de la falta disciplinaria contenida en el numeral 39 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, sin que sea vinculante respecto de la causal de nulidad electoral del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011**

Sobre este punto indicó que, en la sentencia de constitucionalidad aplicada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se realizó el estudio del contenido de la falta gravísima fijada en el artículo 48 de la Ley 734 del 2002, relacionada con utilizar el cargo para participar en actividades de partidos y movimientos políticos y en controversias políticas.

Al respecto, señaló que si bien allí se hizo referencia al artículo 127 constitucional, ello correspondió a una perspectiva orientadora e histórica, lo que implica que las mismas se llevaron a cabo en la motivación general de la decisión, por lo que puede denominarse como jurisprudencia indicativa, no vinculante para el fallador de instancia, dado que allí el problema jurídico se centró en la determinación de constitucionalidad de la norma demandada, y no en la causal de nulidad contenida en el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011.

De esta manera, precisó que de la razón de decisión no puede desprenderse la regla fijada por el juez administrativo *a quo*, en el sentido de señalar que la falta de una ley estatutaria implica la prohibición general de participación en política respecto de los funcionarios públicos no incluidos en el inciso 2º del artículo 127 constitucional.

8. Trámite en segunda instancia

Por auto del 24 de julio de 2017, se admitió el recurso de apelación⁴⁸ presentado por el apoderado judicial de la parte demandada, el cual se puso a disposición de la parte actora,

⁴⁸ Folios 735 a 736 del cuaderno No. 3.

según lo dispuesto por el artículo 293 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al tiempo que se corrió traslado a las partes e intervinientes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

En esta oportunidad se presentaron las siguientes intervenciones:

8.1. Alegatos presentados por Any Katherine Álvarez

La apoderada judicial de la demandante presentó escrito del 31 de julio de 2017⁴⁹ en el que se opuso a los argumentos expuestos por la parte demandada en el escrito de apelación, efectuando –en su orden– los siguientes argumentos:

(i) Integración del litisconsorcio necesario con en partido político que avaló la candidatura del demandado

La demandante manifestó que este argumento fue presentado como excepción previa en el escrito de contestación de la demanda y que el 6 de octubre de 2016, fecha en que se llevó a cabo la audiencia inicial, la misma fue negada por el magistrado ponente, sin que el apoderado judicial del señor Castro Rodríguez hubiera interpuesto recurso alguno, no obstante que era procedente el de reposición, al tenor de lo dispuesto por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, de tal manera que la oportunidad procesal precluyó, por cuanto la decisión fue notificada en estrados y cobró ejecutoria.

Adicional a lo anterior, precisó que la causal de nulidad invocada corresponde a la consagrada en el numeral 5º del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual son nulos los actos de elección cuando se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales y legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad, de tal manera que se ataca la calidad de la persona y no la

⁴⁹ Folios 748 a 750 del cuaderno No. 3.

responsabilidad objetiva del partido.

(ii) Incompetencia funcional del magistrado ponente y de la Subsección "B", Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sobre este aspecto afirmó que, si bien es cierto que el artículo 264 de la Constitución Política establece que la jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año, ese término no aparece consagrado en la Ley 1437 de 2011 que es norma especial.

Precisó que el artículo 121 del Código General del Proceso no es aplicable a los asuntos contencioso administrativos.

Finalizó su escrito afirmando que tampoco compartía el argumento expuesto por el apelante en relación con que el Decreto 1083 de 2015 no es aplicable a los empleados de la EAAB.

8.2. Alegatos presentados por el demandado Nelson Castro Rodríguez

El apoderado judicial del demandado precisó que la revocatoria de la sentencia que decretó la nulidad del acto de elección se impone, por las siguientes razones:

(i) El *a quo* no efectuó la debida integración del litisconsorcio necesario con todos los que debían comparecer al proceso, configurándose una causal de nulidad, circunstancia que se presenta por no haberse integrado el contradictorio con el partido político Polo Democrático Alternativo que dio el aval al candidato para postularse.

(ii) El término de un (1) año y cuatro (4) meses y diecinueve (19) días que transcurrió entre la admisión de la demanda y la sentencia que puso fin al proceso de nulidad electoral, cuando según el artículo 264 de la Constitución Política se tiene solamente un año para ello, configura una causal de nulidad originada en la sentencia, dada la incompetencia funcional no solamente del magistrado sustanciador encargado del proyecto de decisión sino de la Subsección "B" de la Sección Primera del

Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

(iii) El *a quo* efectuó una interpretación extensiva y amplia de las prohibiciones dispuestas en la Constitución Política y en la ley que deben examinarse de manera restrictiva, la cual desatiende la salvaguarda de los derechos fundamentales.

(iv) El *a quo* convirtió la prohibición del ejercicio y goce de los derechos políticos que es excepcional en regla general, supliendo la omisión del Congreso de la República en legislar, sin que, en todo caso, pudiera extender la prohibición a otros servidores públicos diferentes a los enlistados taxativamente en la carta, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-794 de 2014.

Agregó que, aun aplicando las reglas establecidas por la Corte Constitucional, ante el vacío normativo, debe tenerse en cuenta que el elegido, desde el 2009 no ejercía funciones como trabajador oficial de la EAAB, por su condición de líder sindical con permiso permanente de la empresa, de tal manera que no tenía la posibilidad de (i) haber roto el equilibrio con los demás candidatos; (ii) el desarrollo de la actividad política entre el 24 de julio y el 23 noviembre de 2015 haya opacado sus funciones como trabajador oficial y tampoco (iii) que haya abusado del cargo.

Afirmó que la interpretación efectuada por el Tribunal desconoce lo que reiteradamente han considerado las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de que la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política debe aplicarse en los estrictos términos de la Carta Política.

8.3. Concepto del Ministerio Público en el trámite del recurso de apelación

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, rindió concepto del 11 de agosto de 2017 en el que consideró que la sentencia de primera instancia debía ser revocada y, en su lugar, correspondía negar las pretensiones de las demandas acumuladas.

El representante del Ministerio Público transcribió el contenido

del artículo 127 de la Constitución Política que contiene la prohibición por la cual el Tribunal de primera instancia consideró que debía declararse la nulidad del acto de elección del demandado y precisó que la interpretación de los regímenes prohibitivos que restringen el ejercicio de derechos debía realizarse atendiendo los principios de restrictividad, taxatividad y de interpretación conforme al principio *pro homine*.

Tales principios –a su juicio– fueron desatendidos por el *a quo* al momento de decidir sobre el asunto litigioso, pues interpretó la norma de manera extensiva, desconociendo el carácter taxativo de la misma, por cuanto no existe ley que prohíba de manera expresa al servidor público exceptuado en la prohibición de participar en política y, adicionalmente, desconoció los pronunciamientos que sobre la materia ha proferido la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Transcribió *in extenso* apartes de decisiones del Consejo de Estado⁵⁰ y de la Corte Constitucional⁵¹ sobre el alcance de la norma, para concluir que “... esta Delegada es del criterio que los lineamientos señalados en las decisiones que se han dejado citadas y transcritas han de permanecer vigentes y por lo mismo la decisión de primera instancia apelada de cuyas apreciaciones esta Delegada respetuosamente disiente, que se considera contraria a las reglas de hermenéutica que se dejaron señaladas atrás y a los precedentes que sobre el tema ha elaborado el Consejo de Estado tanto en la Sección Quinta como en la Segunda, ha de ser revocada y así se solicitará”⁵².

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con los artículos 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁵³, modificado por el 1º del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido por el

⁵⁰ Citó la sentencia del 14 de mayo de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia. Rad. 2014-00734-01 y un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 18 de marzo de 1992.

⁵¹ Se refirió a las sentencias C-454 de 1993 y T-003 de 1992.

⁵² Folio 780 del cuaderno No. 3.

⁵³ Reglamento Interno del Consejo de Estado.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “B” el 15 de junio de 2017, mediante el cual se declaró la nulidad parcial del acto de elección contenido en el Formulario E-26 CO de Bogotá D.C., expedido el 12 de noviembre de 2015, respecto de la elección de Nelson Castro Rodríguez, por el partido político Polo Democrático Alternativo, para el período 2016 – 2019.

En el caso concreto la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

2. Acto demandado

La demanda recae sobre la nulidad del acto declaratorio de la elección de Nelson Castro Rodríguez, por el partido político Polo Democrático Alternativo, contenido en el Formulario E-26 CO de Bogotá D.C., expedido el 12 de noviembre de 2015, para el período 2016 – 2019.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Electoral determinar si se debe confirmar o revocar la sentencia apelada, para lo cual, examinará si el acto electoral acusado es nulo por la posible incursión del demandado en violación de la prohibición de participación en política contenida en el artículo 127 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si el demandado se encontraba incluido en la prohibición y si estándolo incurrió en la misma, con fundamento en el supuesto fáctico debidamente acreditado en el proceso⁵⁴, consistente en que el 18 de julio de 1989 celebró contrato individual de trabajo a término indefinido con la EAAB E.S.P. S.A⁵⁵, el cual estuvo vigente hasta

⁵⁴ Ver acápite 1.1.2. que corresponde a los hechos probados y/o admitidos en el proceso.

⁵⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Acuerdo 6 de 1995 *“La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Ver Artículo 3, Acuerdo Distrital 11 1997”*.

el 31 de diciembre de 2015 y que le confirió la calidad de trabajador oficial⁵⁶ y si la circunstancia de haber solicitado licencia no remunerada y encontrarse gozando del permiso sindical permanente en las fechas de inscripción y elección desvirtúan la incursión del demandado en la prohibición.

4. Razones jurídicas de la decisión

Bajo el panorama expuesto, la Sala resuelve el problema jurídico que subyace al caso concreto, para lo cual, por razones de orden metodológico, abordará los siguientes ejes temáticos: i) indebida integración del contradictorio; ii) falta de competencia funcional del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dictó la sentencia de primera instancia; iii) marco jurídico y conceptual de la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Política y aplicación de la prohibición de participar en política a trabajadores oficiales; iv) análisis del caso concreto de cara a los argumentos de apelación y; finalmente v) jurisprudencia anunciada sobre el deber del juez electoral de primera instancia de resolver todos los cargos de nulidad planteados en la demanda.

4.1. Indebida integración del contradictorio

De la revisión del trámite dado al proceso se advierte que en el escrito de contestación de la demanda la parte pasiva de la *Litis* presentó como excepción previa la indebida integración del contradictorio, por no haberse dirigido las demandas y convocado al proceso al partido político Polo Democrático Alternativo para integrar la parte demandada, partido que confirió el aval al candidato al concejo distrital, así como al Consejo Nacional Electoral.

La referida excepción fue objeto de pronunciamiento por parte del magistrado director de la audiencia inicial, quien la despachó en

⁵⁶ Quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos. Sentencia C-579 de 1996.

forma desfavorable, en decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno y, en consecuencia, quedó debidamente ejecutoriada, siendo, por ende, inmodificable.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la revocatoria de los autos interlocutorios ejecutoriados, de oficio o a petición de parte, no está prevista en el ordenamiento jurídico como formula procesal válida, lo cual obedece al carácter vinculante de las providencias judiciales que no sólo se predica de las sentencias y de los proveídos que ponen fin a una controversia, sino también de las decisiones judiciales, en general, una vez cobran ejecutoria.

Adicional a lo anterior, teniendo en cuenta que en esta oportunidad la indebida integración del contradictorio se propone como nulidad procesal, la Sala destaca que en los procesos que se tramitan por la ritualidad prevista en la Ley 1437 de 2011, terminada una etapa procesal, en este caso la de resolución de las excepciones previas y mixtas en la audiencia inicial, el procedimiento queda saneado, de tal manera que no es posible invocar nulidades con fundamento en situaciones acaecidas con anterioridad o reiterar excepciones o mecanismos defensivos sobre los cuales se hubiera pronunciado el juzgador en las oportunidades preclusivas cuyo saneamiento se haya producido.

Este diseño procesal constituye una materialización de los principios de eficiencia, tutela judicial efectiva, congruencia y economía procesal, de tal manera que se torna imperativo para el Juez que en las etapas iniciales del proceso verifique que todos los elementos jurídicos de la *litis* estén presentes, reexaminando la relación jurídico procesal, para comprobar entre otras cosas, la concurrencia de los presupuestos procesales de la acción y la debida integración del contradictorio.

En ese orden, el principio del saneamiento procesal tiene como propósito, que al momento de dictarse sentencia no sea posible proferir un fallo inhibitorio por aspectos formales o procesales como una inadecuada escogencia del medio de control o una indebida integración del contradictorio, de tal manera que el argumento de la parte demandada en el escrito de apelación deviene no solo extemporáneo sino absolutamente improcedente por haber sido resuelto en una etapa anterior del proceso.

Acceder a la petición en esta oportunidad atentaría contra los principios de preclusión de las etapas procesales, cosa juzgada y seguridad jurídica.

4.2. Falta de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dictó la sentencia de primera instancia

El apelante fundamentó la decisión en el contenido normativo del artículo 264 de la Constitución Política, en virtud del cual los procesos de nulidad electoral se deben resolver en el término de un año y, adicionalmente, en lo preceptuado por el artículo 121 del Código General del Proceso.

Al respecto se tiene que si bien es cierto que el párrafo del artículo 264 Constitucional establece que la jurisdicción contencioso administrativa resolverá los procesos de nulidad electoral en el término de un año, lo cierto es que no fijó una consecuencia jurídica para aquellos procesos que no sean resueltos en ese plazo y menos aun la que pretende conferirle el recurrente que es la pérdida de competencia del juez que adelanta la actuación.

A la misma conclusión arribó la Corte Constitucional al resolver la solicitud de amparo constitucional fundamentada en violación del debido proceso con sustento en el referido precepto constitucional, oportunidad en la que precisó:

“... la Sra. Ramírez de Rincón alega que se configura un defecto orgánico porque la sentencia que puso fin al proceso de nulidad electoral se profirió de manera extemporánea, después de dos años y once meses de su presentación, razón por la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado había perdido competencia, pues al tratarse de un proceso electoral de única instancia, no podía exceder de 6 meses, tal como señala el artículo 264 de la Constitución Política. **En relación con este supuesto defecto simplemente cabe destacar que no hay una previsión constitucional que señale la pérdida de competencia del juez que conoce de la acción de nulidad electoral una vez transcurrido el plazo de seis meses, por lo tanto la sentencias proferidas después de haber transcurrido dicho término son válidas** y en esa medida no se configura el defecto alegado por la actora”⁵⁷. (Negritas fuera de texto)

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-399 del 31 de mayo de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Cabe destacar que las causales de pérdida de competencia del juez deben aparecer expresas en el ordenamiento, sin que se encuentre previsto por el constituyente o por el legislador esta situación en los casos en que el juez electoral deje vencer el término para fallar ni la nulidad derivada de la falta de competencia, luego no es posible darle el alcance que pretende el recurrente.

Por su parte, el artículo 121 del Código General del Proceso al que igualmente acude la parte demandante para sustentar esta alegación no es aplicable al procedimiento contencioso administrativo por consagrar esta norma especial sobre la materia, de tal manera que no existe un vacío normativo que permita acudir por integración normativa al referido estatuto procesal.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, en los aspectos no contemplados en el Código se seguirá el *“... Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*. (Negrillas fuera de texto).

En consecuencia, corresponde dar aplicación a las herramientas de interpretación, en relación con la remisión normativa objeto de estudio, en virtud de la cual si existe regla completa en la Ley 1437 de 2011, se aplicará ésta en su integridad.

Al respecto se tiene que, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-229 de 2015⁵⁸, la Ley 1437 de 2011 regula la materia referida a la expedición del fallo, de tal manera que *“... el asunto no está huérfano, pues si se revisan los procedimientos contemplados en el CPACA, se observa como regla general en el artículo 181 un término para llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento y, en el artículo 182 se establecen los términos y condiciones para la expedición del fallo”*.

Efectivamente, el artículo 182 *ejusdem* establece que en la audiencia de alegaciones y juzgamiento el juez informará el sentido de la sentencia en forma oral, aún en el evento de que las

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-229 del 21 de abril de 2015, M.P. Eduardo Mendoza Martelo

partes se hayan retirado de la audiencia y lo consignará por escrito dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando no resulte posible indicar el sentido de la sentencia la proferirá por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes.

En relación con el fallo de segunda instancia existe igualmente norma expresa que consagra el término de veinte (20) siguientes al vencimiento del plazo concedido para alegatos de conclusión para dictar sentencia.

Lo anterior implica que al encontrarse expresamente regulado el tema relacionado con el término para dictar sentencia no resulta procedente acudir al Código General del Proceso que reglamenta la misma materia para la jurisdicción ordinaria, de tal manera que el juez contencioso administrativo no está sometido al contenido normativo del artículo 121 del Código General del Proceso y cuenta con su propio procedimiento y términos para proferir los fallos en sedes de primera y segunda instancia.

Adicional a lo anterior se encuentra un argumento histórico derivado de la existencia en su momento del artículo 200 de la Ley 1450 de 2011, *“Por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 - 2014”* que si bien se encuentra expresamente derogado por el Código General del Proceso, en su momento estableció que los términos a que se refería el artículo 9º de la Ley 1395 de 2010 –que fue la norma que inicialmente contempló la figura jurídica de la pérdida de competencia por vencimiento del término para fallar– no aplican en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con fundamento en lo expuesto, la alegación de la parte recurrente no tiene vocación de prosperidad.

4.3. Marco jurídico y conceptual de la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Política y aplicación de la prohibición de participar en política a trabajadores oficiales

El artículo 127 constitucional fue modificado por el acto legislativo 2 de 2004, norma que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 127. 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.

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 sólo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

La Sala destaca que la ley estatutaria encargada de regular la forma como los demás empleados públicos, a que se refiere el inciso 3º de la norma, pueden participar en política aún no ha sido expedida por el Congreso de la República.

La Corte Constitucional fijó el alcance de esta prohibición en la sentencia C-454 de 1993⁵⁹, en la redacción inicial que le dio el constituyente de 1991, la cual en el aspecto específico que ocupa la atención de la Sala no sufrió una significativa variación, en tanto el texto original establecía que *“Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley”*.

En esta sentencia la Corte, con fundamento en amplias transcripciones de la exposición de motivos de la Constitución de 1991 y de varios artículos de la misma, partió de la consideración de que el objetivo primordial de la Carta Política fue el de crear las condiciones institucionales indispensables para incrementar y desarrollar los mecanismos de participación democrática.

Resaltó que así lo declara el Preámbulo de la Constitución y lo consignan expresamente numerosas disposiciones, entre otras *“las consagradas en los artículos 1º y 2º -la participación como característica y fin esencial del Estado-; 3º -la titularidad de la soberanía en cabeza del pueblo, que la ejerce directamente o por medio de sus representantes-; 40 -derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político-; 95 -deber de participar en la vida política, cívica y*

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 13 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández

comunitaria del país-; 99 y 100 -ejercicio de derechos políticos- 106 - mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía-; 107 a 111 –partidos y movimientos políticos- 112 -estatuto de la oposición-; 155 - iniciativa popular legislativa-; 170 -derogatoria de leyes por voto popular-; 258 a 263 -sufragio y elecciones-; 303 y 314 -elección popular de gobernadores y alcaldes-; 374 a 379 -participación popular en reformas constitucionales-“

Previa ponderación de los principios en cuestión, consideró que del mandato constitucional transcrito se deducen sin dificultad los principios aplicables al asunto del que se ocupa la Corte:

“1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cobija a quienes encajen dentro de las hipótesis planteadas en la norma, cuyo alcance es, por lo tanto, restringido.

La regla general consiste hoy en permitir tales actividades aun a los servidores públicos, con las siguientes excepciones:

...

3. Los empleados no comprendidos en la prohibición están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en esas actividades y controversias. Se deja en cabeza de la ley la definición de **las condiciones** en que ello se haga, pero no la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional.

En consecuencia, por tal ejercicio no pueden ser inculcados ni penados, mientras se ajusten a la Constitución y a la ley. En otras palabras, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, para tales servidores públicos ha cambiado radicalmente la situación, pues ya no enfrentan la tajante prohibición señalada en la Carta Política anterior”.
(Resaltados incluidos en el texto original)

La Corte consideró en esta oportunidad que, en concordancia con la mayor libertad de acción que se reconoce y para impedir su ejercicio abusivo, se sanciona, **ya no la participación del empleado en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña.**

Al respecto precisó .que “... 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 su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al resolver una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, rindió concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), 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 que no ha expedido la norma correspondiente⁶⁰. 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’*⁶¹.

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’*⁶².

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:

‘(…) 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

⁶⁰ Además este pronunciamiento es anterior a sentencias de la Corte Constitucional sobre este asunto, como por ejemplo la sentencia C-454-1993. (Cita incluida en el texto transcrito)

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1992.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-454 de 1993.

Constitución, la ley y el reglamento (artículos 122, 123 y 209 C.N.)...⁶³

....

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 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, aun 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)

En el mismo sentido se pronunció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 14 de mayo de 2015⁶⁴, oportunidad en la cual precisó que compartía los argumentos expuestos en la sentencia de constitucionalidad y en el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

Al respecto afirmó que:

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 0800012333000201400734-01 Actor: Wilton Molina Siado Demandado: Alberto Enrique Sánchez-Concejal Distrito de Barranquilla, M.P. Susana Buitrago Valencia

“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”.

Agregó que *“... 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”*.

Aclaró 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 esta providencia se incluyó igualmente el argumento referido a la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad y en general de nulidad de los actos electorales y uno histórico⁶⁵ que ratifica la conclusión a la que llegó la Sala en esa oportunidad.

La providencia fue suscrita con aclaraciones de voto⁶⁶, cuyos argumentos por la importancia que tienen para decidir la presente acción se adoptan por la Sala a efectos de resolver el caso concreto en esta oportunidad.

En los referidos pronunciamientos se expresó que la norma constitucional debe sujetarse al tratamiento que el legislador, dentro de su libertad de configuración, estime conveniente darle y, por lo tanto, no podrá tener aplicación efectiva hasta que su desarrollo legislativo no tenga lugar. Sobre el punto, en el primero de ellos, se precisó:

“Como es sabido, contrario a lo que ocurría en la Constitución Nacional de 1886, cuyo articulado simplemente imponía un límite a la actuación del legislador, quien podía desarrollar el ordenamiento jurídico libremente dentro del límite flexible que se

⁶⁵ Referido a que 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 fue derogada desde el 9 de octubre de 2000 con la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000.

⁶⁶ Suscritos por los magistrados Alberto Yepes Barreiro y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

le otorgaba, la Constitución Política de 1991 es una constitución de principios, fundada en la dignidad del hombre y cuyas normas por ende, devienen en directa aplicación. Bajo este entendido, el poder legislativo juega un rol, que aunque muy importante, generalmente no tiene el poder de supeditar a su desarrollo los mandatos de optimización contenidos en la norma constitucional.

...

Lo anterior en las palabras del Profesor Josep Aguilo Regla evidencia *“la oposición entre estos dos modelos de concepción constitucional que no es en realidad otra cosa que una proyección de la oposición general en la concepción del derecho entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios⁶⁷”*.

...

Lo anterior en palabras del profesor Gustavo Zagrebelsky se explica con fundamento en la Teoría Pública de los Derechos Subjetivos, *“desde el punto de vista del Estado como legislador, teniendo en cuenta que los derechos no podían concebirse sino como una limitación al mismo, sino como una autolimitación y como una concesión. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto de la autoridad pública consistía en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés⁶⁸”*.

Bajo este entendido, sólo en ciertos eventos considerados especialmente por el nuevo constituyente, resulta necesario que la ley entre a desarrollar algún asunto específico que le hubiera sido conferido.

La anterior reflexión sólo con el fin de evidenciar la importancia que a la luz de la nueva Constitución tienen los mandatos conferidos por el constituyente al legislador, de suerte tal que su desarrollo legislativo no está sujeto a la mera liberalidad del legislador, sino que más bien constituye un mandato constitucional directamente impuesto por el constituyente, por lo que su desconocimiento acarrea una verdadera omisión legislativa.

En este orden de ideas, mal haría esta Sección en asumir funciones legislativas que no son de su competencia, al desarrollar lo que la Constitución Política ha reservado para el legislador.

En efecto, cuando el propio artículo constitucional establece a ciertos *empleados del Estado la prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, mientras que a los demás los habilita para ello pero bajo los parámetros que al efecto imponga una ley*

⁶⁷ Josep Aguilo Regla, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, Págs. 430 y 432.

⁶⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Capítulo Tercero “La separación de los derechos respecto de la ley”*

estatutaria, es precisamente porque estima necesario establecer dicho régimen so pena de que no tengan idénticas consecuencias jurídicas aquellos supuestos de hecho que no lo son”.

En la segunda aclaración de voto se indicó que el fallo faltó relacionar algunas normas que fijan condiciones de participación en política –se transcribieron apartes de las Leyes 996 de 2005 y 734 de 2002, para concluir que “... *aunque el órgano legislativo no ha emitido la ley estatutaria que desarrolle el artículo 127 Superior sobre la participación política de los servidores públicos, en las normas anteriormente mencionadas existen derechos y restricciones específicos para todos los servidores públicos, que aunque no generan inhabilidades – puesto que no se ha señalado taxativamente- son prohibiciones establecidas en la normativa que se constituyen en restricciones al derecho fundamental de los servidores públicos del ejercicio y conformación del poder político, como faltas disciplinarias sancionables hasta con la pérdida del cargo*”.

En igual sentido se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 17 de noviembre de 2016⁶⁹, en la que señaló:

“... es evidente que el artículo 127 de la Constitución Política 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.

Contrario *sensu*, el citado artículo 127 de la Carta habilita y permite el ejercicio de la actividad política a todos los demás empleados que no se encuentren contemplados expresamente en la prohibición”. (Negrillas y subrayas incluidas en el texto)

Cabe destacar que, con anterioridad a los pronunciamientos del Consejo de Estado, en la sentencia C-794 de 2014⁷⁰ la Corte Constitucional se había pronunciado sobre la exequibilidad del artículo 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002⁷¹, oportunidad en la cual delimitó el alcance de la prohibición constitucional advirtiendo que “... *la prohibición de participar en el debate político, es, para quien*

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, 44001-23-33-002-2016-00114-01(PI), M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

⁷⁰ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

⁷¹ Norma que consagra como falta gravísima “39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos **y en las controversias políticas**, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”.

detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce una función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones.”

En esta ocasión precisó que coincidía con los pronunciamientos adoptados en las sentencias C-454 de 1993 y C-1153 de 2005, en el sentido de que la participación de los empleados del Estado en las actividades de los partidos y movimientos o en las controversias políticas, se subordina a la expedición de un régimen estatutario que la decreta y establezca las condiciones para ello. Concluyó afirmando que:

“... Cabe agregar que la ley no puede ampliar la prohibición del segundo inciso del artículo 127 a otros empleados del Estado. En efecto, desde la perspectiva de sus destinatarios existe una norma constitucional definitiva –taxativa- que impide incluir o excluir supuestos. Por tal razón este Tribunal ha dicho que la función del Congreso no comprende *“la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional.”*

5.3.5.3.6. La conclusión relativa al carácter indispensable de la ley estatutaria tiene dos efectos. En primer lugar (i) hasta tanto no se expida la ley que defina el contenido y alcance de la participación allí aludida, ningún empleado del Estado puede alegar un derecho subjetivo para participar en actividades de partidos y movimientos o en controversias políticas en los términos descritos en esta sentencia; y en segundo lugar, (ii) esa imposibilidad autoriza a las autoridades disciplinarias, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48.39 de Ley 734 de 2002, iniciar las investigaciones que correspondan e imponer las sanciones.

Si no fueran estos los efectos, el mandato constituyente que fija la exigencia de una ley estatutaria previa no tendría consecuencias y quedaría al arbitrio de los empleados del Estado participar o no en política. Esta consideración es, en términos generales, coincidente con el precedente fijado por la Corte en la sentencia C-454 de 1993 en la que, a pesar de considerar inexecutable las normas que prohibían absolutamente la participación en política de los empleados del Estado dispuso -en la parte resolutoria- *que el ejercicio efectivo de la autorización constitucional plasmada en el artículo 127, inciso 3º, de la Constitución, por parte de los empleados del Estado (...) está supeditado a las condiciones que señale la ley”.*

Nótese que los pronunciamientos son coincidentes en torno a los empleados públicos que definitivamente tienen prohibida su participación en política y aquellos que lo pueden hacer en las condiciones que fije la ley estatutaria, que incluye a los trabajadores oficiales, misma que no puede ir hasta el punto de

prohibirlo sino de regularlo y, hasta este momento, el legislador no ha fijado una causal de inhabilidad o inelegibilidad que impacte en la validez de la elección.

En consecuencia, tal como lo ha concluido esta Corporación en los pronunciamientos que se dejaron ampliamente expuestos, 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 y a los desarrollos normativos que existen en temas específicos como los de naturaleza disciplinaria consagrados en la Ley 734 de 2002.

4.4. Análisis del caso concreto de cara a los argumentos de apelación

En relación con el caso concreto del señor Nelson Castro Rodríguez, se encuentra demostrado que el mismo tenía la calidad de trabajador oficial que adquirió mediante la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido con la EAAB E.S.P. S.A. entidad descentralizada por servicios del Distrito Capital, reorganizada como una Empresa de Servicios Públicos domiciliarios, cuya vigencia se extendió desde 9 de julio de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2015, desempeñando el cargo de “Profesional Especializado en la División de Operación Comercial Z3”.

En consecuencia, al no encontrarse establecida como situación prohibitiva el ejercicio del cargo de profesional especializado bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido en el carácter de trabajador oficial, podía participar en la contienda electoral que tuvo lugar en octubre de 2015 y, por ende, resultar electo como Concejal del Distrito Capital.

Lo anterior teniendo en cuenta el marco normativo y conceptual expuesto en el acápite anterior y la imposibilidad de la Sala de limitar el ejercicio de un derecho que concedió el constituyente y que corresponde al legislador regular a través del proferimiento de una Ley Estatutaria y, adicionalmente, por cuanto no es posible olvidar que las causales de inelegibilidad, inhabilidad y nulidad de

una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas.

Cabe recordar, como lo hizo la Sala en el antecedente que se citó en precedencia que el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los servidores 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.

Les asiste, en consecuencia, razón a la parte demandada y al representante del Ministerio Público ante esta Sección al afirmar que en el caso concreto la condición de trabajador oficial del demandado no se erige en causal de inelegibilidad o inhabilidad que impacte en la validez del acto electoral, a la luz de las disposiciones analizadas, lo cual torna imperativo revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de las demandas acumuladas.

Lo anterior no es óbice para que la Sala exhorte al Congreso de la República para que expida la ley estatutaria prevista en el inciso 3.º del artículo 127 de la Constitución Política, en la redacción introducida por el Acto Legislativo 2 de 2004, toda vez que han transcurrido más de trece (13) años desde el proferimiento del acto legislativo, sin que se hayan establecido las condiciones en las cuales los servidores del Estado a que se refiere la norma pueden participar en política, lo cual resulta necesario para salvaguardar los principios de transparencia e igualdad electoral.

4.5. Jurisprudencia anunciada

Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, en uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en materia electoral, efectuar unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada, que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto, en el sentido de consagrar la regla consistente en el deber de los jueces y tribunales de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral.

Lo anterior, con independencia de que el primer cargo que se analice resulte suficiente –a juicio del juez de primera instancia– para decretar la nulidad del acto electoral, en consideración a que, en el *sub examine* el *a quo* no se pronunció en la sentencia que puso fin a la instancia sobre todos los cargos planteados en las demandas acumuladas, impidiendo que, en virtud del principio de limitación del *ad quem*, esta Sección lo pudiera hacer.

Esta decisión se adopta para garantizar en todos los casos el principio de congruencia, consagrado en los artículos 55 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– y 280 y 281 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales y comprender todos los extremos de la *Litis*.

En cuanto al Consejo de Estado, es necesario precisar que actúa como corporación de cierre de las acciones de nulidad electoral y en esa medida no existe un superior funcional que quede limitado en los términos previstos en el artículo 328 del Código General del Proceso, siendo esta la razón por la cual la regla de decisión se dirige a quienes tienen a su cargo la resolución de las primeras instancias en sede del medio de control referido.

Constituye igualmente garantía de los principios de transparencia, de acceso a la administración de justicia, doble instancia y tutela judicial efectiva, en cuanto las partes e intervinientes en el proceso deben ver debidamente motivadas y resueltas todas las situaciones que plantean y todos las causales de nulidad que invocan.

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: REVOCAR la sentencia del 15 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “B” que accedió a las pretensiones de las demandas acumuladas para, en su lugar, **negarlas**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: EXHORTAR al Congreso de la República para que expida la ley estatutaria a que se refiere el inciso 3.º del artículo 127 de la Constitución, según la consideración consignada en la presente providencia.

TERCERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de consagrar hacia el futuro la regla consistente en el deber de los jueces y tribunales, en primera instancia, de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral. **ADVERTIR** a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP 059-6-1

