



13-001-23-33-000-2018-00394-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD ELECTORAL- PRIMERA INSTANCIA
Radicado	13-001-23-33-000-2018-00394-00
Demandante	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado	ACTO QUE DECRETA LA ELECCIÓN POR VOTO POPULAR DEL ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA – BOLÍVAR, SEÑOR ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA PARA LO QUE RESTA DEL PERÍODO INSTITUCIONAL 2016-2019
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Auto	Admisión / Decreta Medida Cautelar

Corresponde a esta Sala decidir sobre la admisión de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control denominado Nulidad Electoral por el señor GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA –en calidad de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial facultado especialmente por el Procurador General de la Nación mediante Resolución 208 del 18 de mayo de 2018 visible a folios 81A al 82 del cuaderno único- contra el Acto de Elección del Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena – Bolívar, señor Antonio Quinto Guerra Varela.

I. ANTECEDENTES

La demanda de nulidad electoral tiene como propósito que se declare nulo el acto de elección por voto popular del Alcalde del Distrito de Cartagena, señor Antonio Quinto Guerra Varela, para lo que resta del período institucional 2016-2019.

En el mismo libelo genitor el demandante solicitó como medida cautelar de suspensión provisional de los actos que acusa (formularios E-24 y E-26 ALC adiados 6 de mayo de 2018, y del acta de escrutinio de elecciones) en los siguientes términos:

"(...)Honorables Magistrados, muy respetuosamente solicito a ustedes, decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos de elección Formularios E-24 - CUADRO DE RESULTADOS DEL ESCRUTINIO ELECCIONES ALCALDE 06 DE MAYO DE 2018-, E-26 —RESULTADO DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL ELECCIONES DE ALCALDE 06 DE MAYO DE 2018-, y el ACTA GENERAL DE ESCRUTINIOS ELECCIONES DE ALCALDE 6 DE MAYO DE 2018, que declararon la elección del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, como alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena, Bolívar, para el resto del





13-001-23-33-000-2018-00394-00

periodo institucional comprendido entre 2018-2019, por encontrarse inhabilitado conforme a los argumentos esbozados en esta demanda.

Es claro que el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, suscribió días anteriores a su elección -dentro del año inmediatamente anterior- un contrato de prestación de servicios con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para ejecutar recursos de agua potable y saneamiento básicos en todos los municipios del departamento de Bolívar, incluyendo Cartagena, lugar de las elecciones, con una ejecución de los mismos en los que influyó a las comunidades puesto que estructuró planes, estrategias y programas en su calidad de asesor jurídico.

Además, está probado que suscribió otro sí contractual que no era otra cosa que un contrato adicional por lo cual también se configuró la inhabilitación argumentada en la demanda.

Pero el factor más importante para que se decrete una medida cautelar en el caso en concreto, es la finalidad del legislador a la hora de configurar normativamente la inhabilitación que se alega en esta demanda. Veamos:

La Corte Constitucional, en Sentencia C-618 del 27 de noviembre de 1997, que estudió la constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, en su ordinal 50, ha establecido una de esas finalidades, así:

"De otro lado, la inhabilitación también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política." (Negritas Fuera de contexto)

Entonces, qué quiso el legislador: i) obstaculizar el aprovechamiento de los recursos públicos para la desfiguración de los procesos electorales; ii) que quien ejecute obras de utilidad para la comunidad, no se ejerza una cierta influencia local; iii) la violación del principio de igualdad electoral; iv) la alteración de la propia dinámica de la participación política.

En cuanto a la obstaculización del aprovechamiento de los recursos públicos para la desfiguración de los procesos electorales, bien es sabido que los recursos públicos no se aprovechan en el solo acto de adjudicación y celebración de un contrato, sino que se aprovechan en la ejecución del mismo, pues es cuando el titular del contrato, -contratista-, puede disponer de dineros públicos y desviarlos hacia determinados electores influenciándolos para que voten por él en el escenario electoral.

¿Cómo aprovechó los recursos públicos el candidato ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA para desfigurar el proceso electoral?

La respuesta a ese interrogante está dada en las actividades propias del objeto contractual, el que debió como obligación imperante contractual, ejecutar dentro del respectivo municipio, es decir, dentro de la ciudad de Cartagena, pues el contrato tuvo un ámbito de aplicación en todos y cada uno de los municipios del departamento de Bolívar.

Entonces, brindando apoyo en la gestión, estructuración, e implementación de esquemas de aseguramiento de la prestación de servicios públicos de Agua Potable y Saneamiento Básico en el Departamento de Bolívar.

En el apoyo a la gestión de los procesos y en la proposición de los mecanismos que incentivan la creación de proyectos departamentales en los cuales se integren





13-001-23-33-000-2018-00394-00

políticas de inversión conjunta de la nación, entidades territoriales y otras entidades del sector agua potable y saneamiento básico.

En la participación en las reuniones, convocatorias y eventos a los cuales sea designado por parte del supervisor y en el reporte de los resultados y acuerdos de los mismos, en los formatos aprobados.

Es vital que nos detengamos en esta última actividad contractual, es decir, en la participación en las reuniones, convocatorias y eventos, pues su presencia ante la ciudadanía en las mismas, produce un efecto sobre ella, porque el hecho de estar frente al electoral en su doble calidad, de asesor de planes de agua potable y de saneamiento básico, y de candidato, ejerció influencia sobre dicho electoral.

Esto se encuentra demostrado con los informes 5 y 6 del 23 de mayo y 21 de junio de 2017, respectivamente, en los que claramente el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA muestra como actividades desarrolladas el "envío de información al Grupo de Monitores del Sistema General de Participaciones del Ministerio, para determinar el estado del Programa de Subsidios y Contribuciones que se viene aplicando a los Municipios de Bolívar, durante los días 16 y 19 de Mayo del presente, conforme a la solicitud del Dr. JOSÉ MIGUEL RINCÓN." (Negritas fuera de contexto).

En ese informe se habla que el municipio de Cartagena es de categoría especial y que tiene subsidios para acueducto del 46,67%.

No hay situación más sensible para la comunidad que establecer o determinar subsidios para el agua potable, pues como se observa el señor GUERRA VARELA tenía injerencia en los estados del programa de subsidios y contribuciones aplicados a todos los municipios de Bolívar, incluyendo Cartagena.

En el informe del mes de junio, igualmente se muestra como acción del señor GUERRA VARELA, el "envío informe al Grupo de Monitores del Sistema General de Participaciones del Ministerio, sobre la realización de levantamiento de información para cada municipio prestador directo, ya que el Ministerio se encuentra estructurando un estudio sectorial enfocado a los municipios que prestan directamente alguno de los Servicios Públicos de acueducto, alcantarillado o aseo, conforme a solicitud del Dr. JOSÉ MIGUEL RINCÓN de fecha 14 de junio de 2017" (Negritas fuera de contexto).

Ahora bien, la finalidad del legislador, conforme a la jurisprudencia constitucional, también va dirigida a que quien ejecute obras de utilidad para la comunidad no ejerza cierta influencia local, pues en el caso en concreto expuesto, el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA ejecutó un contrato desde el 26 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, es decir, en pleno traslape de periodos de ejecución contractual con el de la inhabilidad aludida, con el objeto de "Prestar los servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, así como en la estructuración e implementación de los planes, estrategias y políticas, en el departamento de Bolívar, a cargo del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio."

No hay otra tarea que más entrañe utilidad pública para la comunidad, que apoyar los procesos de gestión de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico de un municipio, así como la estructuración e implementación de los planes, estrategias y políticas en esa materia para los municipios del Departamento de Bolívar.

Valga la pena determinar, que el objeto contractual desplegado por el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, se ejecutó en el Departamento de Bolívar, en cada municipio del mismo conforme al tenor literal del mismo.

Con el desarrollo y ejecución de esas tareas que le pegan directamente a la comunidad, favorable o desfavorablemente, se ejerce cierta influencia y se ejercita una campaña electoral en desigualdad frente a los otros candidatos puesto que





13-001-23-33-000-2018-00394-00

cuando asesora los proyectos de agua potable y saneamiento básico, y la estructuración e implementación de planes, estrategias y políticas en este sector, se priorizan los recursos y las políticas públicas a favor o en contra de una comunidad.

Con todo esto, se alteró la dinámica normal de las elecciones en Cartagena, ciudad que tiene altos índices de inconformidad en la ejecución de recursos en el sector de agua potable y saneamiento básico, porque como está demostrado en el acervo probatorio que sustenta esta demanda con los recibos a satisfacción de las actividades contractuales desarrolladas por el señor GUERRA VARELA, sufragó recursos públicos que se aprovecharon en favor de su campaña política.

La Sentencia C-618/97 en estudio, establece clara y contundentemente el espíritu del legislador a la hora de configurar normativamente las inhabilidades, en los siguientes términos:

"Las inhabilidades son circunstancias definidas por la Constitución o la ley que "impiden que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el. Ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos". (Negritas fuera de contexto).

Son principios del mayor calado los que pretende el legislador proteger, la moralidad, la idoneidad y probidad e imparcialidad de los candidatos que van a conformar la cadena de los empleos públicos.

Es por este motivo, Honorables Magistrados, que expongo los argumentos razonables y objetivos que justifican un cambio de conceptualización y una interpretación amplia del concepto de celebración de contratos a la hora de configurarse la causal de inhabilidad invocada.

Cartagena es una ciudad que ha sido azotada por la corrupción y por este motivo se ha tenido que celebrar elecciones atípicas, por lo cual, esta solicitud de medida cautelar pretende en ese mismo sentido finalístico del legislador y de su intérprete natural, evitar el desangre y aprovechamiento de los recursos públicos por cuenta de una persona que no ha tenido el valor civil y moral de apartarse de una contienda electoral en la que estaba inhabilitado moral, ética, política y jurídicamente.

Con todo lo anterior, pretende la medida cautelar proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, con base en los fundamentos de derecho de las pretensiones de este medio de control, a más de demostrarle a la ciudadanía que las autoridades en Colombia están instituidas para proteger los recursos públicos sagrados, la moralidad administrativa como valor supremo constitucional y la imparcialidad de las mismas frente a los debates electorales.

Así mismo, para velar por el cumplimiento estricto y riguroso del principio universal de igualdad de trato, pirámide axiológica del concepto de Estado Social y de Derecho plasmada en la Carta Magna del 91.

Los requisitos para que un juez decreta medidas cautelares en un proceso declarativo, y particularmente, frente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto electoral, establecidos en los artículos 230 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se cumplen a cabalidad en este medio de control. Ellos son:

1. Por violación de las disposiciones invocadas en la demanda:

Es claro que se violan las normas que fundamenta este medio de control de nulidad electoral, por lo expuesto en la demanda.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

2. Cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas.

El análisis de los actos demandados, es decir, Formularios E-24 —CUADRO DE RESULTADOS DEL ESCRUTINIO ELECCIONES ALCALDE 06 DE MAYO DE 2018-, E-26 —RESULTADO DEL ESCRUTINIO MUNICIPAL ELECCIONES DE ALCALDE 06 DE MAYO DE 2018- y el ACTA GENERAL DE ESCRUTINIOS ELECCIONES DE ALCALDE 6 DE MAYO DE 2018, mediante los cuales las autoridades electorales declararon la elección del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, como alcalde de la ciudad de Cartagena, Bolívar, y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, permite concluir que debe declararse nula dicha elección por la configuración de una inhabilidad consistente en la celebración de contratos durante el año anterior a la elección correspondiente.

Además:

1. La demanda está razonablemente fundada en derecho.
2. He demostrado, la titularidad del derecho que me asiste para interponer acciones públicas.
3. He presentado los argumentos y justificaciones que permiten concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Adicionalmente, se cumple una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se causa un perjuicio irremediable al orden jurídico y a la moralidad administrativa.
 - b) Que existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (...)"

II. CONSIDERACIONES.

CUESTIÓN PREVIA: IMPEDIMENTO DEL DR. ARTURO MATSON CARBALLO.

El H. M. Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, se declara impedido para conocer el presente proceso, en virtud de que concurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del artículo 130 de la ley 1437 de 2011; ello porque un pariente dentro del segundo de consanguinidad es contratista del Distrito de Cartagena.

Los Magistrados CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE y ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (PONENTE), luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente; por lo que —antes de entrar a escudriñar el fondo del pedimento cautelar- se aceptará el impedimento manifestado por el H. M. Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, de acuerdo con lo previsto en el artículo 134 del C.P.A.C.A.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

1. COMPETENCIA.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 152 numeral 8 expresa que "Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos... De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento."

En sub lite se demanda la elección del Alcalde de Cartagena de Indias, ente territorial que además de ser distrito, es la capital del Departamento de Bolívar y que de conformidad con el Censo General 2005 del Departamento Nacional de Estadísticas- DANE, tiene OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS (895.400) habitantes, con una proyección al 2010 de 944.250, siendo entonces competente este Tribunal en primera instancia para conocer del presente asunto. Adicionalmente, tiene competencia la Corporación por el factor territorial para conocer del presente asunto, según las requisitorias establecidas en la norma positiva en cita.

1. ASPECTOS SUSTANCIALES Y FORMALES DE LA DEMANDA

a. Oportunidad – Caducidad

El artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece en el literal a del numeral 2 que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, "el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente..."

El día 06 de mayo de 2018 según formulario E-26 ALC, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, fue declarado alcalde del Municipio de Cartagena, para el periodo constitucional 2018-2019 al señor Antonio Quinto Guerra Varela por el Partido Conservador Colombiano

Lo anterior se puede verificar en el documento aportado y anexo a la demanda (Fl. 34). Por tanto, los 30 días con que contaba el demandante para





13-001-23-33-000-2018-00394-00

presentar su demanda iban hasta el día 15 de junio de 2018. En tal virtud, y como la demanda fue presentada el día 22 de mayo de 2018, vale decir: en tiempo (Fl. 01).

b. Requisitos de Procedibilidad.

- Conciliación Extrajudicial

La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en contencioso está contemplada en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA, cuando se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En el sub examine, la controversia versa sobre un asunto de nulidad electoral, por lo que se encuentra exento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

- Actuación administrativa

El numeral 6° del artículo 161 del CPACA, que fue declarado inexecutable por la sentencia C-283 del 3 de mayo de 2017, exigía como requisito de procedibilidad, cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de la misma normativa, haber sometido el acto demandado, por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección, a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente.

En el presente asunto, de la lectura del libelo introductorio se extrae que la causal de nulidad invocada contra los actos acusados es la contenida en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA., el cual no es exigible, y además como se dijo anteriormente este requisito fue declarado inexecutable para asuntos electorales.

c. Requisitos formales (admisión de demanda por auto de ponente)

Revisada la demanda y sus anexos, se encuentra que la misma reúne todos los requisitos formales establecidos en el artículo 162 en armonía con los cánones 276 y 277 de la Ley 1437 de 2011 para su admisión, por tanto, se procederá en tal sentido, mediante decisión de ponente, pero sólo en lo que tiene que ver con el formulario E-26 ALC que es el que según la jurisprudencia del Consejo de Estado contiene la manifestación unilateral de voluntad electoral.

En este sentido, aunque la demandante acusa los formularios E-24 y E-26 ALC aditados 6 de mayo de 2018 y del acta de escrutinio de elecciones, se tiene





13-001-23-33-000-2018-00394-00

que la Sección Quinta del Consejo de Estado reiteró recientemente que los actos electorales son aquellos que declaran una elección o que realizan un nombramiento o designación, y su legalidad se cuestiona vía acción de nulidad electoral (E 26 ALC); mientras que los de contenido electoral asumen una decisión administrativa que afecta de alguna manera a un acto electoral.

La providencia resaltó que son actos electorales, los de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las corporaciones públicas. Por su parte, los actos de contenido electoral serán aquellos que tengan la virtualidad de influir en la decisión de la elección, nombramiento o designación.

La aclaración se presentó en la providencia mediante la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado planteó ante la Sala Plena de la Corporación el conflicto negativo de competencia; en ella aseguró que es la Sección Primera la competente para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento que pretende anular la resolución por medio de la cual se dejó sin efecto la elección del Vocal de control del Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Sobre el particular, la ponente consideró que el acto administrativo demandado, expedido por una autoridad pública del orden nacional, es de carácter particular y concreto, el cual corresponde estudiar a la Sección Primera de esa corporación, en aplicación del artículo 13 del Reglamento interno del alto tribunal.

De acuerdo a la providencia, atendiendo al criterio material, esto es, el contenido de las funciones y atribuciones, como al orgánico, es decir, a su integración y ubicación en la estructura administrativa del Estado, la designación de ese cargo "no entraña ejercicio de autoridad administrativa ni su designación corresponde a estructura pública alguna".

Lo anterior, precisó, por cuanto el estudio de la legalidad de los actos de contenido electoral corresponderá a la Sección Quinta, siempre y cuando incidan en una elección, nombramiento o designación de cualquier persona que ejerza autoridad administrativa, tenga funciones públicas o su elección obedezca al resultado del ejercicio del voto popular (Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto 11001032400020050001701, Mayo.27/15 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez).

SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ACUSADO.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 238 de la Constitución Política, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

La ley 1437 de 2011, en su artículo 229, reguló la procedencia de las medidas cautelares, el cual a texto indica:

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.
{...}"*

A su vez, el precepto 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para decretar las medidas cautelares lo siguiente:

"ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.
{...}"

En este orden de ideas la ley estableció –en términos generales- que se pueden decretar medidas cautelares de oficio o a solicitud de parte siempre y cuando cumplan los requisitos de ley; también instituyó en su art. 233¹ el procedimiento,

¹ Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

el cual consiste en correr traslado por el termino de 5 cinco días a las partes, más sin embargo contempló la posibilidad de decretar medidas cautelares de urgencia – art. 234² C.P.A.C.A.-, norma que faculta el operador judicial para resolverla sin trámite previo y por ministerio de la ley se señaló –artículo 277 como norma especial- que cuando se trate del medio de control de nulidad electoral en donde exista pedimento de la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, **la misma debe solicitarse en la demanda, y resolverse en el mismo auto admisorio**³.

Así las cosas, tratándose de pedimentos de suspensión provisional iterados al interior de los contenciosos de nulidad electoral, en virtud de la celeridad que implica esta clase de trámites y encontrándose el juego el sistema democrático, el legislador entendió que las medidas de cautela **siempre serán de urgencia** y por ende debe entenderse que no se requiere correr traslado previo.

En conclusión en materia electoral, el último inciso del artículo 277 del CPACA consagra la oportunidad, trámite y competencia especial respecto de la medida cautelar de suspensión provisional presentada en el trámite de la primera instancia y/o única instancia –según el caso- por lo que sólo podrá pedirse en la demanda, y debe ser resuelta por la Sala en el auto admisorio de la misma, agregando que contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación; en cuanto a los requisitos para decretar las medidas cautelares, se aplica lo dispuesto en el artículo 231 ibídem, los cuales fueron previstos para el proceso contencioso administrativo ordinario, siempre y cuando no riñan con el trámite del medio de control de nulidad electoral.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

² Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

³ Ley 1437 de 2011. Artículo 277.

"(...)En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación."





13-001-23-33-000-2018-00394-00

La Sección Quinta del Consejo de Estado, precisó sobre esta figura, en decisión del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00042-00, indicó:

"Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud. En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud. De las expresiones "manifiesta" y "confrontación directa" contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer "prima facie", esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno. Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba."

Aclarado lo anterior, se procede a resolver sobre el pedimento cautelar presentado por el actor:

Para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora, es necesario realizar un análisis entre el acto electoral acusado y las normas invocadas como transgredidas, amén de estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Así, encuentra la Sala que la parte demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos acusados en los términos transcritos en el acápite de antecedentes de la presente providencia, tomando como soporte de dicha solicitud las siguientes normas violadas y concepto de violación:





13-001-23-33-000-2018-00394-00

Normas violadas:

- No. 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000.
- Ley 1437 de 2011 artículo 275 numeral 5.

Concepto de Violación:

En el concepto de la violación el demandante expresó en síntesis lo siguiente:

Que el señor Antonio Quinto Guerra Varela, suscribió el contrato n° 329 de enero 26 de 2017 con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, que tenía como obligaciones específicas, además de la asesoría jurídica en los temas de saneamiento básico y agua potable, los de brindar apoyo en la gestión, estructuración, e implementación de esquemas de aseguramiento de la prestación de servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en el Departamento del Bolívar.

Que durante la ejecución del contrato (que fue hasta el 31 de octubre de 2017 y el otro sí que se suscribió hasta el 31 de diciembre de 2017, el señor Antonio Quinto Guerra Varela con las actividades que desarrolló en ejecución de su labor de contratista obtuvo una ventaja desproporcionada frente al resto de candidatos que se inscribieron para las elecciones atípicas, en tanto, con antelación de un año a su elección tuvo la oportunidad de participar en la gestión, desarrollo y aseguramiento en programas y proyectos que redundaban en beneficio de los habitantes del Departamento, especialmente de Cartagena, relacionados con un servicio público esencial.

RESOLUCIÓN DE LA MEDIDA.

Teniendo en cuenta la solicitud y de las pruebas obrantes se puede inferir razonablemente que el señor Antonio Quinto Guerra Varela, efectivamente se podría encontrar incurso en una causal de inhabilidad para desempeñar el cargo para el cual fue elegido por voto popular, de acuerdo con lo siguiente:

- En el plenario milita el documento contentivo del contrato n° 329 de 2017 suscrito en fecha 26 de enero de 2017, entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el señor Antonio Quinto Guerra Varela, que tiene por objeto prestar servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, así como en la estructuración e implementación de los planes, estrategias y políticas a cargo del Ministerio de Vivienda,





13-001-23-33-000-2018-00394-00

con un plazo hasta el 31 de octubre de 2017, en el Departamento de Bolívar (ver folios 46 a 53 del cuaderno único).

- Se tiene igualmente el documento contentivo del reporte del compromiso presupuestal de gastos, del 27 de enero de 2017, por un valor de \$ 91.333.333 a favor de Antonio Quinto Guerra Varela (folio 54 del mismo cuaderno).
- Documento contentivo del Otrosí nº 1 al contrato de prestación de servicios profesionales nº 329 de 2017, suscrito entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y Antonio Quinto Guerra Varela, de fecha 30 de octubre de 2017, que prorrogó el plazo de ejecución del contrato de prestaciones de servicios profesionales nº 329 hasta el 31 de diciembre de 2017 (folio 55 al 56 del mismo cuaderno).
- Actas de recibido a satisfacción por parte del Ministerio contratante, valiendo la pena destacar las de fechas 23 de mayo de 2017, 21 de junio de 2017 y 01 de noviembre de 2017 (folios 68 al 80).
- Formato E-6 AL el señor Antonio Quinto Guerra se inscribió como candidato para ser alcalde distrital de Cartagena de Indias el día 02 de marzo de 2018 (ver folio 58 del cuaderno único).
- Informe de actividades para contratistas y supervisores fechado 11 de mayo de 2017 (folio 61) que tiene como anexo el informe de monitoreo del programa de subsidios y contribuciones en Bolívar (folios 63 y 64).

Ahora bien, del acervo probatorio relacionado se puede deducir que el señor Antonio Quinto Guerra Varela se encuentra inmerso en una de las causales de inhabilidad que establece la ley, por lo siguiente:

La ley 136 de 1994, en su artículo 95, contiene las inhabilidades de los alcaldes, el cual fue modificado por el art. 37 de la ley 617 de 2002, el cual dispone:

"No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio..."

La norma en cita es clara en disponer que está inhabilitado para ser elegido y designado alcalde municipal o distrital, quien dentro del año anterior a la fecha de la elección, haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con



13-001-23-33-000-2018-00394-00

entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Aplicando la teoría finalista de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, respecto al periodo inhabilitante, se debe tener en cuenta la fecha de la celebración y/o adición del contrato, debido a que el segundo no depende del principal para subsistir⁵.

Tal afirmación la ha mantenido a lo largo del tiempo la jurisprudencia⁶ contenciosa administrativa entendiendo que cuando se reforman las condiciones del contrato primigenio se exige un acuerdo⁷ bilateral entre las partes sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados por dicha modificación, con concurrencia de voluntades que lo convierten ora en un contrato adicional, ora en un nuevo contrato.

El Maestro Arturo Alexandri Rodríguez explicando la diferencia entre contratos principales y contratos accesorios enseña a página 30 de su libro LOS CONTRATOS:

"El contrato principal no necesita de otro para existir; tiene vida propia...El contrato accesorio, en cambio, supone necesariamente la existencia de una obligación principal, sin la cual no puede existir, porque su objeto es asegurar el cumplimiento de ella"

Siguiendo esa dialéctica, la prórroga del plazo del contrato por vía otrosí equivale, ni más ni menos que la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades, que surge de un contrato adicional – otrosí -, el cual bajo esa premisa, contiene un nuevo acuerdo de voluntades y encaja en la causal de

⁴ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C. siete (07) de junio dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00. Radicado Interno: 2015-00051. Actor: Emiliano Arrieta Monterroza. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez – Gobernadora de La Guajira. Fallo Electoral – Sentencia de Unificación.

"Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el periodo para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal."

⁵ Código Civil. ARTICULO 1499. CONTRATO PRINCIPAL Y ACCESORIO. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION QUINTA. Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761). Actor: GABRIEL HERNANDO ARANGUREN DIAZ. Demandado: ALCALDE DE SANTA ROSA DE VITERBO.

⁷ Código Civil. ARTICULO 1495. DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

inhabilidad invocada, por lo que ineluctablemente esta circunstancia se debe tener en cuenta para contar el término inhabilitante.

Bajo este prisma, se puede concluir que el análisis de la prohibición que contempla el artículo 95 de la ley 136 de 1994, no se debe contar desde el momento que se celebra el contrato, sino también su adición y/o modificación⁸.

Descendiendo al caso bajo estudio, el contrato 329 de 2017 se firma el día 26 de enero de 2017, el otrosí n° 1 data del día 30 de octubre de 2017 conllevó no solamente una mera adición del contrato estatal primigenio (329 de enero 26 de 2017) sino también la prórroga del plazo de ejecución, la adición en el valor del contrato y se modificó la cláusula novena del contrato primigenio adicionando 2 informes más para un total de 12 informes de gestión por parte del contratista, lo que conllevó la ampliación del objeto.

Por demás, la última fecha de ejecución del contrato tal y como lo prevé el acta de recibo a satisfacción (ver folio 80), fue firmada el día 01 de noviembre de 2017, donde se le autorizó al pago de \$10.000.000 pesos al señor Antonio Quinto Guerra Valera, a la cuenta autorizada por éste. Así las cosas, el término de inhabilidad del año, se empezó a contar a partir del día 31 de octubre de 2017 (día siguiente de la fecha en la cual se celebró el otrosí n° 1 al contrato n° 0329 de 2017), el cual vencía el día 31 de diciembre de 2017; por demás, el señor Guerra Varela radicó su inscripción el día 02 de marzo de 2018 y resultó elegido como alcalde el día 06 de mayo de 2018.

De contera al no haber transcurrido a la fecha de la elección el año que establece el No. 3 del artículo 95 de la ley 136 de 1994, modificado por el art. 37 de la ley 617 de 2002, contado retrospectivamente desde el día siguiente de la suscripción del otrosí plurimencionado, se considera (por vía de inferencia altamente probable hasta este instante procesal) que la situación fáctica estudiada se enmarca en la causal invocada, debido a que al ser el elegido contratista del Estado durante el período inhabilitante (tal y como lo manifestó

⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 1 de 1994, Exp. N° AC-1992, Actor Daniel Mosquera M. Consejero Ponente Dr. Miguel González R.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

el Honorable Consejo de Estado⁹ - 10), puede enmarcarse en dicha inhabilidad, debido a que la ejecución del contrato también cobijaba al ente territorial donde fue elegido como Alcalde, siendo que dicha causal inhabilitante lo que se busca es evitar el favoritismo y las ventajas o privilegios entre los contendientes en una elección popular.

Para reafirmar lo antes acotado tenemos que la norma establece que la ejecución del contrato n° 329 de enero 26 de 2017 con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio debía darse en el respectivo municipio, y revisado el documento contentivo de ese contrato estatal celebrado en la ciudad de Bogotá, encontramos que en su cláusula segunda se establece:

"OBLIGACIONES ESPECIFICAS: 1. Brindar el Apoyo Jurídico requerido en los procesos de gestión de proyectos y en el desarrollo e implementación de los programas de Agua Potable y Saneamiento Básico en el Departamento de Bolívar."

Por ende, como la inhabilidad en estudio exige que el contrato estatal debe ejecutarse "en el respectivo municipio o distrito", quiere decir que es a nivel departamental o específicamente en el municipio o distrito de elección, por consiguiente que también podrá afectar la aspiración de alcaldes el contrato celebrado con una entidad de orden nacional que pueda tener efectos sobre el municipio o distrito de la elección, como ocurre en el presente caso.

Para corroborar lo anterior se tiene que del informe actividades cumplidas por el contratistas y refrendadas por el supervisor que milita a folios 61 (anverso y reverso) adiado 11 de mayo de 2017 -el cual aparece signado tanto por el supervisor del contrato n° 329 de enero 26 de 2017 con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como por el contratista Antonio Quinto Guerra Varela- se extrae que las acciones desarrolladas para "Prestar apoyo jurídico que se requiera en los procesos de gestión de los proyectos en el desarrollo e implementación de los programas de agua potable y saneamiento básico" se llevaron a cabo en el "Departamento de Bolívar" y en su informe de monitoreo adjunto, se precisó que -en lo que tiene que ver con el Distrito de Cartagena de Indias- se probó que fue una de las entidades territoriales a los que se les

⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 11001-03-15-000-2017-02699-00. ACCIÓN DE TUTELA. Actor: EMIRO MANUEL GARCÍA CASSIANI.

"[...]sino que inexplicablemente limita la aplicación real del período inhabilitante y peor aún, para el caso concreto, impide que se materialice la finalidad u objetivo mismo de la inhabilidad, que no es otra cosa que evitar el nepotismo y las ventajas o privilegios entre los contendientes a una elección popular.

(...)

Igualmente, es pertinente resaltar que el período inhabilitante de doce (12) meses es lo que precisamente permite que se cumpla o satisfaga la finalidad de la inhabilidad, esto es, impedir que se inscriban candidatos que se beneficien en campaña de la dignidad de algún familiar con poder político, civil, administrativo o militar dentro del municipio en el que pretenden ser elegidos y viceversa, es decir, que los funcionarios de turno no puedan influir o privilegiar a sus allegados haciendo valer su autoridad y propiciando hegemonías familiares dentro del contexto político-electoral de un ente territorial. "

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Rad. 2008-00023.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

aplicó el objeto contractual. La probanza en cita se presenta como imagen a continuación:

Información General				Información Acuerdo				Anexo de Subsidios al	
Código	Municipio	Localidad	Categoría	Fecha de inicio	Fecha fin	PERIODO	APLCA 11	70%	27,2%
13001	Bolívar	Cartagena	ESPECIAL	02 de 2016	27/12/2016	27/12/2016	SI	SI	44,6%
13005	Bolívar	Achí	E	01 de 2013	23/01/2013	23/01/2013	SI	SI	70%
13030	Bolívar	Alca del Rosario	E	001 de 2014	20/07/2014	20/07/2014	NO	SI	70%
13074	Bolívar	Barichob de Loba	E	04 de 2012	15/11/2012	15/11/2012	SI	SI	70%
13042	Bolívar	Armenal	E	001 de 2015	06/03/2015	06/03/2015	SI	SI	50%
13057	Bolívar	Ayona	E	002 de 2015	15/12/2015	15/12/2015	SI	SI	50%
13072	Bolívar	Arroyohondo	E	04 de 2014	03/03/2014	03/03/2014	SI	SI	70%
13100	Bolívar	Carapalé	E	025 de 2013	20/12/2013	20/12/2013	SI	SI	70%
13100	Bolívar	Carapalé	E	026 de 2013	20/12/2013	20/12/2013	SI	SI	70%
13100	Bolívar	Cicuco	E	013 de 2016	04/11/2016	04/11/2016	SI	NO	70%
13122	Bolívar	Cánchoba	E	019 de 2016	11/12/2016	11/12/2016	SI	SI	70%
13222	Bolívar	Clemencia	E	001 de 2013	16/02/2013	16/02/2013	SI	SI	60%
13244	Bolívar	El Carmen de Bolívar	E	001 de 2014	10/12/2014	10/12/2014	SI	NO	50%
13248	Bolívar	El Guamo	E	004 de 2013	05/05/2013	05/05/2013	SI	NO	70%
13268	Bolívar	El Puñón	E	010 de 2015	12/12/2015	12/12/2015	SI	SI	50%
13300	Bolívar	Florida de Loba	E	013 de 2013	15/11/2013	15/11/2013	SI	SI	70%
13430	Bolívar	Magangué	E	028 de 2016	17/09/2016	17/09/2016	SI	NO	50%
13430	Bolívar	Manano	E	019 de 2016	26/12/2016	26/12/2016	SI	SI	50%
13430	Bolívar	Margenza	E	002 de 2016	23/03/2016	23/03/2016	NO	SI	70%
13442	Bolívar	María La Baja	E	013 de 2016	27/05/2016	27/05/2016	SI	SI	70%
13468	Bolívar	Monzón	E	03 de 2013	05/03/2013	05/03/2013	NO	SI	40%
13458	Bolívar	Monescrido	E	004 de 2014	17/02/2014	17/02/2014	SI	SI	50%
13473	Bolívar	Morales	E	025 de 2012	23/11/2012	23/11/2012	SI	SI	70%
13490	Bolívar	Norbal	E	006 de 2016	14/11/2016	14/11/2016	SI	SI	70%
13548	Bolívar	Pinobos	E	009 de 2016	2016	2016	SI	SI	70%
13550	Bolívar	Playones	E	018 de 2016	30/11/2016	30/11/2016	SI	NO	70%
13600	Bolívar	Rio Piedra	E	001 de 2016	18/01/2016	18/01/2016	SI	SI	70%
13620	Bolívar	San Cristóbal	E	001 de 2016	18/01/2016	18/01/2016	SI	SI	70%

Ahora bien, lo relevante para esta inhabilidad es que el lugar de ejecución del contrato sea el mismo de donde se adelantó la elección; por lo que no es relevante si se celebró en otro sitio.

En este sentido, en vista que el contrato primigenio iba dirigido a los programas del Departamento de Bolívar, el cual -como se vio- comprendió material y realmente al Distrito de Cartagena (Distrito Capital perteneciente al territorio departamental de Bolívar) y ese mismo ámbito territorial fue contemplado en el nuevo contrato contenido en el otrosí del 30 de octubre de 2017, se infiere lógicamente que -se ha probado hasta esta fase- que bien puede darse la causal inhabilitante, toda vez que tal privilegio pudo desequilibrar el normal desarrollo del certamen electoral, obrando en favor de quien finalmente fue elegido.

Todo lo dicho debe conjugarse con la nueva visión que viene entronizando el Consejo de Estado a partir de las reformas constitucionales en materia electoral introducidas por los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009, cambios constitucionales que tienen implicaciones en el examen que le corresponde hacer al juez electoral respecto de las prohibiciones que están ligadas al periodo para el cual los candidatos resultaron elegidos, como la que ocupa la atención de la Sala, puesto que el periodo no puede ser analizado,





13-001-23-33-000-2018-00394-00

hoy día, bajo la lógica subjetiva o personal, en tanto el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral debe ser siempre objetivo¹¹. Conviene -en este punto de la argumentación- traer a colación el siguiente extracto de la sentencia de unificación del siete (07) de junio dos mil dieciséis (2016), Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00 emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado:

"La razón de esta afirmación no es otra, que entender que la finalidad de ese régimen consiste precisamente en evitar que los intereses personales se antepongan a los públicos, en donde los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad propios de la función pública, y de las campañas electorales, priman por encima del querer de quien encarna el poder y que la Sala entiende, fue lo que llevó al Constituyente derivado a ejercer la corrección normativa y constitucional de una interpretación que estaba generando serias implicaciones de orden jurídico e institucional del país, en detrimento de la democracia.

Para esta Sección es claro que, en tratándose del acto electoral, es menester antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector, pues en él radica el sustento democrático de nuestras instituciones. Esto se explica, justamente, por el carácter autónomo de la función electoral, sobre este punto, ha explicado la Sección¹²:

"El procedimiento electoral constituye un procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales, el cual está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, el cual está regulado en normas especiales como el Código Electoral y la Ley 1475 de 2011 para el caso de las elecciones por voto popular.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política.

Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección (...) sino que este plasma el querer de los electores a través del voto.

Consecuentemente la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia representativa y la expresión de la voluntad popular.

Por las anteriores diferencias, huelga decir que el juez electoral no solo ejerce control de legalidad respecto de las actuaciones que se surten durante el procedimiento electoral, sino que su papel se extiende a la protección de la democracia y la legitimación del poder constituido, puesto que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales garantiza que el poder público se constituya con respecto a la expresión de la voluntad de los electores y al procedimiento electoral previsto en la ley".

¹¹ Tal aserto no resulta igual de categórico en relación con los procesos de pérdida de investidura y disciplinario, ambos de naturaleza sancionatoria, frente a los que subyace una interesante discusión en torno a la responsabilidad subjetiva.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 3 de junio de 2016, Demandados: Concejales de Cartagena, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 2016-00070. En el mismo sentido: Fallo de 4 de Febrero de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Demandados: Representantes a la Cámara por el Magdalena, Exp. 2014-110.





13-001-23-33-000-2018-00394-00

Igualmente, la expedición de los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009¹³, en su idea de fortalecer los partidos políticos y el sistema democrático, hicieron que estos -los partidos- se convirtieran en impulsores o canalizadores del derecho de quien se pretenda elegir, en tanto se entendió que este derecho no era absoluto.

Por tanto, los partidos políticos, a partir de esta reforma entraron a "racionalizar y hacer operativa la vida política de la Nación, de manera que los ciudadanos puedan ejercer, en la mejor y mayor medida posible, su derecho constitucional a la participación material y con incidencia efectiva en las decisiones que los afectan" como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-303 de 2010.

En ese sentido, una de las finalidades del Acto Legislativo No. 1 de 2003, fue, entre otras, el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a los partidos y los movimientos de establecer criterios para hacer compatible ese principio en la escogencia de los candidatos que los habrían de representar a cargos uninominales y a las corporaciones públicas.

Ese cambio constitucional, en criterio de la Sala, hizo que, por encima del derecho a ser elegido, se impusieran criterios de prevalencia del interés general para la protección de la democracia, estableciendo restricciones o limitaciones a este derecho, con el objeto de proteger a los electores¹⁴, en la medida en que cualquier aspiración política debe estar mediada por la pertenencia a un partido o movimiento político, o avalado por estos, o por un número significativo de ciudadanos que, evidentemente, implica per se una restricción necesaria al derecho a ser elegido, sobre el cual, sea decirlo desde ahora, el tribunal constitucional edificó su razonamiento para entender, entre otras cosas, que la renuncia a un cargo de elección popular, solo debía examinarse desde la arista de los derechos del elegido.

Lo mismo ocurre, además, con el establecimiento del régimen de bancadas a través del cual, por encima de los derechos fundamentales de quien resultó elegido, debe propenderse por el fortalecimiento del partido, por ejemplo, a la hora de efectuar las votaciones en las que dicho régimen deba tener aplicación.

(...)

Ese cambio de contexto, impone al juez electoral la necesidad de fijar una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, hecho que exige una hermenéutica en la que se determine si el único aspecto que puede tenerse en cuenta para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, debe ser, exclusivamente, los derechos del elegido -pro homine-, dejando de lado otros principios que también son fundamentales en el marco de un sistema democrático -pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)"

Así las cosas, e interpretando el asunto bajo esa ideología pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores) que viene citada, considera la Sala **necesario** para el bien de la democracia, decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto que declaró la elección del alcalde del Distrito de Cartagena señor Antonio Quinto Guerra Varela, por estar probado que fue elegido muy presumiblemente estando incurso en una causal de inhabilidad, siendo la orden de suspensión provisional que habrá de emitirse, se hace de manera preventiva con base en los

¹³ Con el fin de conocer, en mayor detalle las implicaciones que sobre el régimen de partidos políticos tuvieron los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009 puede consultarse la Sentencia de 6 de octubre de 2011, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 2010-0120.

¹⁴ pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores).





13-001-23-33-000-2018-00394-00

principios de *periculum in mora* (urgencia) y *fumus boni iuris* (aparencia de buen derecho) y a las pruebas que hasta el presente momento se han traído a los autos, amén que -debido a que según el Parágrafo del artículo 264 de la Carta Política, reformado por el canon 14 del acto legislativo 01 de 2003 un medio de control electoral de doble instancia debe resolverse hasta en un año y medio, por lo que encontrándonos *ad portas* de terminarse el periodo constitucional de alcaldes 2016-2018- denegar la medida equivaldría a convertir la sentencia en nugatoria y denegatorias de los derechos del electorado, de los electores y de la humanidad, aún en el caso que acogiera las pretensiones. Para apuntalar lo antes dicho adviértase que el Maestro Eduardo García De Enterría (en doctrina plenamente aplicable a la realidad judicial de Colombia) precisa a página 241 de su obra **LA BATALLA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES (ED. THOMSON – CÍVITAS) – reimpresión 2006:**

"Parece, pues, abrirse paso con resolución y lucidez la técnica de la justicia provisional inmediata, que se ventila en el plano de las medidas cautelares impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en el momento en que la justicia definitiva no puede ser decidida sino tras larguísima plazos temporales – más extensos cada vez, por cierto ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los tribunales...que lejos de reducirse lleva varios años aumentando."

Antes de terminar la Sala debe precisar como corolario de lo dicho que es sumamente claro que no decretar la cautela que viene deprecada sería más gravoso para el sistema democrático y para los intereses de la comunidad cartagenera que hacerlo, como en efecto se dispondrá.

En virtud de lo expuesto se,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por el H. M. Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, para conocer del presente asunto.

SEGUNDO: ADMÍTASE la demanda promovida por el señor señor GERMÁN CALDERON ESPAÑA – en calidad de procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial y facultado especialmente por el Procurador General de la Nación- contra el Acto de Elección del Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena –Bolívar, señor Antonio Quinto Guerra Varela, por el partido conservador, para lo que resta del período institucional 2018-2019 (formulario E-26 ALC).



13-001-23-33-000-2018-00394-00

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente la presente providencia al señor Antonio Quinto Guerra Varela, de conformidad en lo previsto en los literales a, b y c del artículo 277 de la ley 1437 de 2011.

- a) La demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación. De conformidad con el literal f) del artículo 277 del CPACA, el término para contestar la demanda comenzará a correr tres (03) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso.
- b) ADVERTIR al demandante que de no acreditar las publicaciones en la prensa requeridas para surtir la notificación por aviso dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente mediante auto que así lo disponga.
- c) Las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la Secretaría General de la Corporación a disposición del notificado, de conformidad con lo previsto en el literal f) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente, de esta providencia al señor REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, a través de mensaje dirigido al buzón electrónico destinado para notificaciones judiciales de esta entidad.

QUINTO: NOTIFÍQUESE personalmente, de esta providencia al señor AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, a través de mensaje dirigido al buzón electrónico destinado para notificaciones judiciales de esta entidad.

SEXTO: NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al demandante, señor GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA – en calidad de Procurador Delgado para la Vigilancia Administrativa y Judicial debidamente facultado por el Procurador General de la Nación-, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del art. 277 de la ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE personalmente al Presidente del Concejo Distrital de Cartagena, sobre la admisión de la presente demanda, para que por su conducto entere a los miembros de dicha corporación pública, de la presente demanda.

OCTAVO: INFORMÉSE a la comunidad sobre la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la página web del Tribunal Administrativo de Bolívar, la red social twitter del Tribunal Administrativo de Bolívar Tribunal Administrativo de Bolívar y/o de otros medios eficaces de difusión - comunicación, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5 del art. 277 de la ley 1437 de 2011.



13-001-23-33-000-2018-00394-00

NOVENO: SUSPÉNDESE provisionalmente los efectos jurídicos del acto que declaró la elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela, como Alcalde del Distrito de Cartagena, en el periodo institucional 2018-2019, por lo antes expuesto, acto electoral contenido en el formulario E-26 ALC del 6 de mayo de 2018.

DÉCIMO: COMUNÍQUESE al señor Presidente de la Republica, sobre la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto que declaró la elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela, como Alcalde del Distrito de Cartagena, en el periodo institucional 2018-2019, para lo de su competencia.

DÉCIMO PRIMERO: PUBLÍQUESE la presente decisión en formato PDF en la página web del Tribunal Administrativo de Bolívar y en la red twitter de la Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS¹⁵
(Ponente)

- IMPEDIDO -

ARTURO MATSON CARBALLO

CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE

¹⁵ Hoja de formas del Medio de control de NULIDAD ELECTORAL- PRIMERA INSTANCIA, bajo el Radicado nº 13-001-23-33-000-2016-00106-00, donde funge como demandante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y como demandado contra el ACTO QUE DECRETA LA ELECCIÓN POR VOTO POPULAR DEL ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA – BOLÍVAR, SEÑOR ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA PARA LO QUE RESTA DEL PERÍODO INSTITUCIONAL 2016-2019. Decisión: se admite y se decreta la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto que declaró la elección.



Cartagena de Indias D. T. y C; veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrados de la Sala de Decisión 01

Medio de control	NULIDAD ELECTORAL
Radicado	13001-23-33-000-2018-00394-00
Demandante	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado	ACTO QUE DECRETA LA ELECCIÓN POR VOTO POPULAR DEL ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA – BOLÍVAR, SEÑOR ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA PARA LO QUE RESTA DEL PERÍODO INSTITUCIONAL 2016-2019
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

Dentro del presente asunto la demanda tiene como propósito que se declare la nulidad del acto que decreta la elección por voto popular del Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena – Bolívar, señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA para lo que resta del período institucional 2016-2019, sin embargo a la fecha de manifestación del presente impedimento, mi hija Daniela Matson Polo, tiene suscrito un contrato de prestación de servicios con la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena, por consiguiente es del caso declararme impedido, en aplicación del artículo 130 numeral 4 del C.P.A.C.A., textualmente dice lo siguiente:

"Artículo 130. Causales. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

(...)

4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados."

En consecuencia, teniendo en cuenta que la hija del suscrito magistrado es contratista de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena, siendo

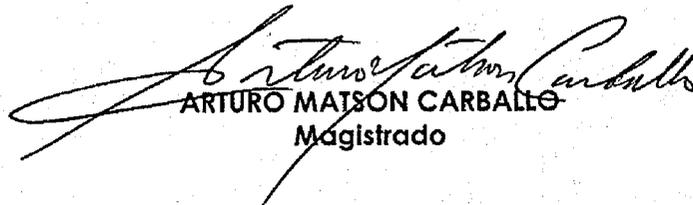




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

SIGCMA

que en el presente proceso tiene interés sobre las resultas del proceso el actual representante legal del Distrito de Cartagena, esto es, el Alcalde Mayor de la ciudad señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, es del caso declararme impedido para tomar decisión alguna dentro del asunto.


ARTURO MATSON CARBALLO
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

MAGISTRADA: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	ELECTORAL
Radicado No.	130012333000-2018-00394-00
Accionante	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado	ACTO DE ELECCIÓN ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA- ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA.
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Con el respeto de siempre procedo a señalar dentro de la oportunidad legal, los motivos por los cuales ACLARO el voto en relación con la decisión adoptada por la Sala en la providencia de fecha veinticuatro (24) de mayo dos mil dieciocho (2018), dictada en el curso del asunto en referencia y en virtud de la cual se dispuso admitir la acción electoral y suspender el acto de elección contenido en el formulario E 26 ALC del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA como Alcalde del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Si bien comparto la decisión, me permito aclarar mi voto para ampliar los argumentos que sirvieron de sustento para adoptar la medida de suspensión de los efectos del acto de elección del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA, que en mi criterio resultan relevantes:

1. La causal contenida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 en la que se fundamentó la suspensión del acto de elección del alcalde elegido popularmente, en su tenor literal reza:

"Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio...." (Subrayas y negrilla fuera de texto)

2. Conforme lo anterior, para que se configure la causal de inhabilidad derivada de la celebración de contratos se requiere la demostración de los siguientes supuestos: i) La elección, esto es, que el demandado ha sido elegido alcalde; ii) El objeto, es decir la existencia del contrato en cuya celebración el elegido hubiere intervenido bien en interés propio o en el de terceros; iii) La naturaleza del contrato, pues se debe probar que este se celebró con entidades públicas de cualquier nivel; iv) La fecha de su celebración a efectos de determinar si la misma tuvo ocurrencia dentro del año anterior a la elección; y v) El lugar de ejecución, pues se exige que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

3. Sin que se considere prejuzgamiento, como se puntualizó en la providencia que, con todo respeto aclaro, en el caso concreto se encuentran acreditados los presupuestos señalados, así:

- i) el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA fue elegido alcalde popular el pasado 4 de mayo de 2018, como se probó con el formulario E 26 ALC
- ii) El objeto, porque, se acreditó la existencia del contrato de prestación de servicios en cuya celebración el elegido intervino en interés propio.

Lo anterior, porque celebró CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES con el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO el día 26 de enero de 2017, por un plazo de nueve (9) meses y cinco (5) días, por valor de noventa y un millones trescientos treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos (\$91.333.333), que se pagarían por mensualidades vencidas a razón de \$10.000.000 previo la entrega de informe (en total 10) y cuyo OBJETO consistió en "*Prestar los servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión en los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, así como en la estructuración e implementación de los planes, estrategias y políticas a cargo del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio*", en el Departamento de Bolívar, según se consignó en las cláusulas PRIMERA, SEGUNDA, CUARTA, SEXTA Y NOVENA del contrato de prestación de servicios N° **329 de fecha 26 de enero de 2017**.

En las actas que obran a folios 60 a 62 y 66 a 80 se hizo constar por el supervisor del contrato de la dependencia del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico que, el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA cumplió el siguiente **OBJETO CONTRACTUAL**: "**PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES PARA APOYAR JURÍDICAMENTE EN LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE LOS PROYECTOS DEL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO, ASÍ COMO EN LA CONSTRUCCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS PLANES, ESTRATEGIAS Y POLÍTICAS A CARGO DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO**".

Las fechas de las actas, corresponden a los periodos y contratos en su orden así:

21 de junio de 2017 **contrato 329 de 2017**, 14 de octubre de 2016 **contrato 591 de 2016**, 3 de noviembre de 2016 **contrato 591 de 2016**, 29 de noviembre de 2016 **contrato 591 de 2016**, 14 de diciembre de 2016 **contrato 591 de 2016**, 28 de febrero de 2017 **contrato 329 de 2017**, 4 de abril de 2017 **contrato 329 de 2017**, 2 de mayo de 2017 **contrato 329 de 2017**, 23 de mayo de 2017 **contrato 329 de 2017**, 21 de junio de 2017 **contrato 329 de 2017**, 24



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

de julio de 2017 **contrato 329 de 2017**, 24 de agosto de 2017 **contrato 329 de 2017**, 1 de noviembre de 2017 **contrato 329 de 2017**.

De lo anterior se deduce, que para el año 2016, suscribió el contrato N° 591 de 2016, en el 2017 el contrato 329 de 2017 y el llamado OTRO SI N° 1 de fecha 30 de octubre de 2017.

Respecto de éste último, la Sala concluyó que se trata de un nuevo contrato de PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES llamado **OTRO SI N° 1**, en el que el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA se comprometió para con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a continuar asesorándolo por un periodo de dos meses más, hasta el **31 de diciembre de 2017**, para lo cual le cancelaría la suma de diez millones (\$10.000.000) por mes y éste entregaría los Informes de su trabajo.

Dentro de la parte considerativa del OTRO SI se destaca que el Secretario General del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio soportó la decisión de firmar este acuerdo de voluntades porque el SUPERVISOR DEL CONTRATO le informó la necesidad de *"dar continuidad a los servicios profesionales de una persona encargada de apoyar tanto el seguimiento a planes, programas, estrategias y políticas como jurídicamente las necesidades que surjan en materia de agua potable y saneamiento básico en el Departamento de Bolívar"*.

Conforme lo precedente y lo decidió la Sala, este contrato llamado OTRO SI, debe entenderse como un nuevo acuerdo de voluntades, con un objeto que si bien puede ser entendido que corresponde a la misma asesoría implicaba un nuevo inicio de la labor, teniendo en cuenta la naturaleza del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS que sólo se suscribe por el término estrictamente necesario y de manera excepcional, cuando la entidad no cuenta con el personal idóneo dentro de su planta de cargos. Ello por cuanto, en estos contratos el plazo debe entenderse como un **factor determinante e inalterable**, porque como se explicará los mismos se suscriben sólo por el término estrictamente necesario.

Como se deduce de las pruebas obrantes hasta este momento procesal, el señor ANTONIO QUINTO GUERRA desde la anualidad 2016 ya venía siendo contratado con otras figuras similares y con el mismo objeto, por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, luego no podía dársele apariencia de OTRO SI a la nueva contratación, pues al finalizar la vigencia del término que estrictamente planeó el Ministerio como necesario para llevar a cabo la labor por parte de este ciudadano desde el 2016 ha debido proceder a la creación del cargo y no continuar extendiendo en el tiempo una relación contractual.

Además debe precisarse que, el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS es *intuitu personae*, esto es, que se celebra por las entidades públicas en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

consideración a las calidades de la persona con la cual decide realizar el objeto sobre el cual recae la actividad que necesita para el cumplimiento de sus planes, programas y estrategias misionales, por lo que no puede extenderse con un simple OTRO SI; dado que la Ley le exige al representante legal de la entidad, ajustarse a los principios de LEGALIDAD Y PLANEACIÓN, contando previamente con un visto bueno sobre la necesidad del servicio como se hizo en el contrato original 329 de 2017, siendo certificado por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano, mientras que en el OTRO SI, simplemente fue el Supervisor el que requirió la necesidad, lo cual vulneraría tales principios.

En este orden, el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS se suscribe por el término estrictamente indispensable y al terminar el plazo, y evidenciar la necesidad del servicio, nace un nuevo contrato.

Basta con leer la definición del contrato de prestación de servicios ofrecida por la Ley 80 de 1993 para llegar a la anterior conclusión.

El artículo 32 en su numeral 3 señala:

"Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales **y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.** (Subrayas y negrilla fuera de texto)¹

Todo lo anterior conlleva a que se diferencie el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS de otros acuerdos de voluntades que puede celebrar la entidad pública para el cumplimiento de sus fines misionales, como los de obra pública, los cuales bien pueden ser ampliados en plazo y tiempo, los cuales pueden ser objetos de OTROS SI, sin que surjan nuevos contratos.

También debo recalcar que, este contrato de PRESTACIÓN DE SERVICIOS, es especialísimo, tanto que la Ley 734 de 2002 en su artículo 48 N° 29² eleva a la categoría de falta disciplinaria gravísima la de celebrar contratos de prestación de servicios cuyo cumplimiento sea el de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

¹ Sobre el plazo como factor determinante e inalterable, consultar concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado N° 2278 de 2016 Consejero Ponente GERMAN BULA ESCOBAR.

² Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-094 de 2003



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

La Corte Constitucional en Sentencia C- 614 de 2009, señaló que "la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos..."

El H. Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del Alcalde de Santa Rosa de Viterbo al comprobar que celebró contrato de prestación de servicios dentro del periodo inhabilitante con un otro sí. Sobre el particular, señaló:

"El demandante y el coadyuvante consideran que el demandado se encontraba incurso en la inhabilidad alegada, en cuanto sostienen que intervino en la celebración de contratos. Para la Sala es claro que, a pesar de que formalmente lo acordado el 24 de diciembre de 2002 corresponde a la adición de un contrato, en razón a que la literalidad del acta transcrita no evidencia más que una adición en el valor y en el plazo de la orden de prestación de servicios, ocurre que, materialmente, no corresponde a dicha figura, si se analiza el contenido de dicha acta, conjuntamente, con el objeto, plazo y valor del contrato que se dijo adicionar. Las razones se explican a continuación. En la orden de prestación de servicios se convino que la misma tendría como objeto la prestación, por parte del demandado, de sus servicios como odontólogo; que dicha labor debería desarrollarse por un término de nueve meses y que ello representaría para el contratista honorarios por valor de \$8.910.000.00. Se advierte, entonces, que la labor contratada, no estuvo, en sí misma, cuantificada de modo alguno, como hubiera podido hacerse, por ejemplo, con el señalamiento de un número de actividades específicas a realizar (exámenes, diagnósticos, procedimientos, consultas, remisiones, brigadas, actividades educativas, etc.); de manera que el objeto del contrato no tuvo más limitación que la que imponía el plazo pactado como de ejecución del mismo, ajustado a la programación a la que se refiere el numeral 12 de la cláusula cuarta de la orden de prestación de servicios número 705 de 2002. Entonces no es posible concluir en alguna razón objetiva que justificara una adición del contrato en cuanto al plazo, pues sólo habiéndose



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

cuantificado la labor contratada hubiera sido posible entender la necesidad de ampliar el plazo para su ejecución. Así las cosas, no siendo posible la ampliación del plazo de la orden de prestación de servicios número 705 de 2005 y no obrando en el expediente elemento de juicio alguno que permita entender que la ejecución de labor contratada mediante esa orden de prestación de servicios requería de honorarios adicionales, para la Sala es claro, entonces, que lo acordado el 24 de diciembre de 2002 corresponde, en realidad, a un nuevo contrato de prestación de servicios que permite, tener por demostrada la intervención del señor González Pedraza en la celebración de contratos de prestación de servicios con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec. En conclusión, establecido que el señor Nelson Uriel González Pedraza intervino en la celebración de contrato con entidad pública dentro del año anterior a su elección, para la Sala es claro que se encuentran demostrados todos los supuestos de hecho necesarios para que se configure respecto de él la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en lo que fue objeto de análisis..."

Por lo anterior, este presupuesto también se cumple en el caso concreto, porque se celebró contrato el día 30 de octubre de 2017.

- iii) La naturaleza del contrato, toda vez que se probó que se celebró con entidad pública del orden nacional, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.
- iv) La fecha de su celebración a efectos de determinar si la misma tuvo ocurrencia dentro del año anterior a la elección; lo cual está probado porque el nuevo contrato celebrado y llamado OTRO SI, se celebró el 30 de octubre de 2017, esto es, dentro del año anterior a la elección del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA que ocurrió el día 4 de mayo de 2018.
- v) El lugar de ejecución, pues se exige que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, lo cual está probado con el contrato principal, el llamado OTRO SI y las actas de cumplimiento de labores, dado que a folio 63 del expediente se hizo constar que el elegido ejecutó labores en el Distrito de Cartagena asesorando al Ministerio para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, así como en la estructuración e implementación de los planes, estrategias y políticas a cargo del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Como el señor QUINTO GUERRA, tuvo la posibilidad de estar trabajando directamente con la comunidad del Distrito de Cartagena en sectores vulnerables, pudiendo brindar soluciones en temas tan importantes como en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
ACLARACIÓN DE VOTO

SIGCMA

Radicado No. 130012333000-2018-00394-00

sector de agua potable y saneamiento básico, se puede inferir sin llegar a prejuzgar que pudo tener mayor incidencia en el electorado que otros candidatos que estuvieron participando en el mismo proceso democrático. Por ello, la decisión que se adopta, propende por salvaguardar los principios de MORALIDAD, IDONEIDAD, PROBIDAD, TRANSPARENCIA E IMPARCIALIDAD en el acceso a cargos públicos. Igualmente, los principios de eficacia, congruencia, justicia y efecto útil de las decisiones del Juez en el Estado Social y Democrático de Derecho, así como los Tratados Internacionales que buscan la salvaguarda del principio de igualdad y los derechos a elegir y ser elegido³.

En los anteriores términos justifico mi **aclaración de voto**.


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
MAGISTRADA

³ El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por ejemplo, es claramente una norma de igualdad autónoma o autosustentada. En parte establece que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de..." La igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto. Esta interpretación del artículo 26 se confirma en un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. En él se establece que: "...el artículo 26... establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por 3 Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR, Supp. (Nº 16) 52, Doc. ONU A 63(6) (1966). El artículo 26 establece: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". 4 que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto"

