**INHABILIDADES PARA SER ALCALDE - Ley 136 de 1994 - Artículo 95 - Finalidad**

La inhabilidad que se considera infringida en el caso concreto es del siguiente tenor: “ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital (…) 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. Así mismo, quien, dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.” La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad “de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular”

**INHABILIDADES PARA SER ALCALDE - Ley 136 de 1994 - Numeral 3 del artículo 95 - Aplicación - Alcance**

Como puede observarse, dicha causal contiene en su redacción tres prohibiciones de forma tal que, a groso modo, no podrán ser elegidos alcaldes quienes: i) Hayan intervenido durante el año anterior a la elección en la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros en entidades públicas del nivel municipal. ii) Durante ese mismo lapso [el año anterior a la elección] hayan celebrado, con un interés propio o favor de terceros, contratos con entidades públicas de cualquier orden siempre que el contrato se haya ejecutado en la respectiva entidad territorial. iii) Hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas y contribución o entidades que presenten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

**INHABILIDADES PARA SER ALCALDE - Ley 136 de 1994 - Numeral 3 del artículo 95 - Elementos**

Ahora bien, de la lectura de la norma anteriormente trascrita se pueden extraer los elementos que integran dicha inhabilidad, de forma tal que se pude afirmar que esta está conformada por: i) Un elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás. ii) Un elemento material u objetivo consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato se ejecute o cumpla en el municipio o distrito para el cual resultó electo (elemento territorial). iii) Un elemento subjetivo relacionado con el interés propio o de terceros. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extra patrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros. (…) para que se materialice la inhabilidad alegada, es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los elementos descritos, de forma tal que la ausencia de algunos de ellos derivara en que la inhabilidad no se configure.

**INHABILIDADES PARA SER ALCALDE - Ley 136 de 1994 - Numeral 3 del artículo 95 - Cómputo**

Debe resaltarse que esta afirmación desconoce el tenor de la inhabilidad objeto de estudio que establece, de forma diáfana, que el lapso en el que debe acreditarse la conducta inhabilitante comprende un año anterior contado desde el día de la elección. Es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás. En consecuencia, el punto de partida para computar el periodo inhabilitante no es, como erradamente sostuvo el tribunal, el día siguiente a la celebración del contrato, sino única y exclusivamente el día de la elección.

**CONTRATO - Concepto**

Del análisis de lo anterior se extrae que el contrato es aquel acto bilateral de creación de validez jurídica en relación de los sujetos de derecho que en él participan. Se trata entonces de un acto a través del cual dos sujetos plenamente capaces se obligan a hacer, dar o no hacer.

**CONTRATO ESTATAL - Concepto**

La misma noción aplica al contrato estatal, porque aquél también se erige como un acuerdo de voluntades entre las partes, solo que al menos una de ellas tiene origen público. En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece: “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley”. (Subraya la Sala) Por supuesto, el hecho de que una de las partes del contrato sea el Estado y que en el marco de él pueda imponer las denominadas cláusulas exorbitantes o ajenas al derecho común no significa que el contrato estatal pierda su carácter sinalagmático, bilateral o de acuerdo de voluntades entre dos sujetos plenamente capaces; comoquiera que esta clase de estipulaciones lo que dan cuenta es de la posición privilegiada que, en razón a los intereses que representa, el ordenamiento jurídico le otorgó al Estado a efectos de proteger esos fines comunes y superiores, pero no trastocan las citadas características.

**CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento**

Por regla general, el contrato estatal se perfecciona cuando se llega a un acuerdo sobre el objeto, la contraprestación y este se eleve a escrito, de forma que, en principio, cuando se materializan dichos elementos puede asegurarse que existe un contrato estatal.

**INHABILIDADES PARA SER ALCALDE - Ley 136 de 1994 - Numeral 3 del artículo 95 - Ocurrencia - Modificación del contrato - Evolución jurisprudencial**

Ahora bien, desde la óptica del derecho electoral cuando el contrato es único y no tiene modificaciones o cambios es relativamente sencillo establecer si la inhabilidad se materializó o no, pues basta con consultar la fecha de su suscripción y perfeccionamiento para determinar ese supuesto. Sin embargo, cuando el contrato estatal es modificado y esa variación se realiza en el periodo inhabilitante nace la pregunta de si esa variación debe entenderse como un nuevo negocio jurídico o si, por el contrario, debe como concebirse como una “extensión” del principal. Para resolver ese problema jurídico, se había acudido a la distinción entre contrato adicional y adición del contrato propias del derecho contractual. Sin embargo, por las razones que se explicarán, atendiendo a la naturaleza autónoma del derecho electoral se estima que no es posible seguir acudiendo a esos criterios, comoquiera que no están en consonancia con la perspectiva finalística con la que debe analizarse el régimen de inhabilidades. En efecto, tal y como lo hiciera al momento de analizar la suspensión provisional, la Sección Electoral encuentra que el análisis de la norma objeto de estudio debe realizarse única y exclusivamente desde la óptica de la finalidad de la inhabilidad. (…) En este contexto y desde la perspectiva de las inhabilidades la suscripción de un *“otro sí*” sea cual sea su propósito implica necesariamente la celebración de una convención en los términos antes explicados, habida cuenta que ese instrumento también es un acto a través del cual una parte, se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Así pues, aunque desde la teoría del contrato estatal, pudiera asegurarse que los “otro sí” son meramente adiciones o modificaciones menores a un contrato primigenio, lo cierto es que ello no tiene relevancia desde la perspectiva de la inhabilidad, pues lo que desde esta óptica adquiere plena importancia es el hecho de que ese “otro sí”; “prórroga” o como se llame, sí se celebra dentro del periodo inhabilitante”, puede generar ventajas electorales, rompiendo el equilibrio frente a la igualdad que debe caracterizar los comicios. Por ello, para la Sala Electoral desde la óptica de las inhabilidades, cualquier modificación al contrato, independiente del nombre que las partes quieran darle, configura la inhabilidad de celebración de negocios, no solo porque en sentido estricto esos cambios constituyen una convención, sino porque esa es la interpretación que desde la perspectiva de las inhabilidades debe acuñarse. Por ello, para la Sala Electoral desde la óptica de las inhabilidades, cualquier modificación al contrato, independiente del nombre que las partes quieran darle, configura la inhabilidad de celebración de negocios, no solo porque en sentido estricto esos cambios constituyen una convención, sino porque esa es la interpretación que desde la perspectiva de las inhabilidades debe acuñarse. (…) desde la perspectiva electoral toda “prórroga”, “otro sí”, “modificación” “adición”; constituye un contrato o convención en los términos del Código Civil y la Ley 80 de 1993, que de darse los demás elementos para el efecto, consolida la inhabilidad objeto de estudio.

**PRECEDENTE - Concepto**

En otras palabras, el precedente puede entenderse como aquella función o competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de reglas y sub reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico y que son vinculantes, ejercida a partir de su función interpretativa, es decir, el precedente es una decisión judicial que tiene el reconocimiento de una auténtica fuente de derecho. En el precedente, basta que se fije una regla o subregla de derecho, es decir, un marco jurídico que desde el momento en que se expresa, empezará a integrar el ordenamiento jurídico. Por ello, solamente las altas cortes tienen la competencia para generar precedentes. En otros términos, ni los tribunales o jueces pueden crear reglas de derecho que hagan parte del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, para que exista basta una decisión que fije una regla o subregla para que sea obligatoria y vinculante.

**PRECEDENTE - Características**

Así pues, las decisiones de las altas cortes que crean reglas de derecho y cumplen con el criterio de positivización, tienen ciertas características: (i) En primer lugar, las reglas o subreglas de derecho se expresan en la ratio decidendi de la decisión. (ii) En segundo lugar, las reglas o subreglas de derecho son vinculantes para todos los jueces de la república y de obligatorio cumplimiento.

**JURISPRUDENCIA - Concepto**

Por su parte, la jurisprudencia, solo es concebida como un criterio auxiliar de la actividad judicial y su característica fundamental consiste en que en tales decisiones no se crean reglas o subreglas, sino que se aplican las existentes en el ordenamiento jurídico. En otros términos, el contenido de las decisiones jurisprudenciales consiste en la función de aplicación del derecho vigente, de tal manera que en tales decisiones se encuentran un trabajo, primordialmente, de valoración probatoria o de subsunción a fuentes de derecho. En consecuencia, en la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico ya está establecido, de tal forma que las reglas o subreglas a aplicar ya están definidas. En principio, existe un ordenamiento jurídico claro a aplicar, y por ello, en este tipo de decisiones, el debate girará en torno a la valoración probatoria para establecer los hechos probados. Una vez se tienen los hechos probados, la tarea consiste en aplicar o subsumir los hechos a la regla o subregla ya existente y adoptar la decisión que surja de tal actividad valorativa. Así las cosas, no cabe duda que solo el precedente es obligatorio para los jueces, es decir, solo las providencias en las que en la ratio decidendi se fijen subreglas de derecho serán vinculantes e impondrán resolver casos análogos conforme a dichas reglas fijadas.

**PRECEDENTE VINCULANTE - Inexistencia**

En este contexto, es claro que las posturas jurisprudenciales a las que aluden los recurrentes y en los que la Sección hizo uso del criterio de adición del contrato y contrato adicional no constituyen un precedente que sea vinculante para la misma, toda vez que en ellas no se fijó una regla o sub regla de derecho en la que se impusiera resolver la inhabilidad conforme a la distinción antes anotada. Así, aunque existen varias sentencias en las que se usó las figuras de “adición al contrato” y “contrato adicional” para determinar cuándo se podría configurar la inhabilidad objeto de estudio, lo cierto es que aquellas solo adquieren el carácter de jurisprudencia, pero no de precedente comoquiera que en ninguna de ellas ni se fijó una regla o subregla para examinar la inhabilidad del contrato, ni se analizó esa prohibición desde la perspectiva del derecho electoral, esto es, donde tiene prelación el derecho del electorado y no únicamente los del elegido.

**INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA - Alcance**

Frente al segundo aspecto debe señalarse que una interpretación restrictiva no significa interpretación favorable al demandado incluyendo en la inhabilidad excepciones que no están previstas en la ley, tampoco significa restar efecto útil a la prohibición a efectos de dar prevalencia a los derechos del elegido. Por el contrario, interpretación restrictiva implica examinar la inhabilidad estrictamente, pero sin perder de vista la finalidad con la que el legislador o el constituyente, según el caso, la instauró. Ahora bien, usualmente se ha entendido que la interpretación restrictiva propia del régimen de inhabilidades se equipara a interpretación literal o exegética. (…) Conforme con lo expuesto es claro que contrario a lo sugerido por los recurrentes una interpretación restrictiva no implica que el juez no pueda analizar las inhabilidades de desde la perspectiva finalística; por el contrario, es su deber interpretar restrictivamente, pero sin que ello implique perder de vista el propósito con el que la inhabilidad fue instaurada.

**INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA - Concepto**

De hecho, la interpretación restrictiva implica que no se puede ampliar el contrato a aspectos que no fueron previstos por el legislador, es decir, no puede acudirse a la distinción propuesta por los recurrentes, porque la inhabilidad solo habla del contrato y no que solo un contrato adicional configura dicha prohibición. En este sentido, debe advertirse que la interpretación restrictiva implica necesariamente excluir las demás figuras que pretendan crear una excepción que no fue prevista por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la restricción implica que no se puede acudir a las categorías propias del derecho contractual para examinar una inhabilidad.

**EJECUCIÓN DEL CONTRATO - Concepto**

En efecto, la ejecución está relacionada con el desarrollo, la realización o la materialización de la labor encomendada; en consecuencia, ejecutar el contrato no es más que realizar el objeto del mismo. (…) Es claro que se erigen como actos de ejecución todos los informes, reuniones y demás que el demandado realizó en ejercicio de la labor que le fue encomendada, pero no el *“otro sí*” que modificó varios aspectos de la relación contractual que tenía con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

**OTROSÍ – No ejecuta el contrato**

Si esto es así es claro que la suscripción de un “otro sí” bajo ningún punto de vista se erige como un acto de ejecución, pues a través de esta figura no se ejecuta o desarrolla el objeto del contrato, sino que se adiciona, aclara o modifica las condiciones del negocio jurídico primigenio.

**ELEMENTO TERRITORIAL - Alcance**

Lo primero que debe precisarse es que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sección, carecen de razón los recurrentes cuando sostienen que el contrato debe ejecutarse materialmente en el municipio, pues conforme al tenor mismo de la inhabilidad lo procedente es verificar el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato y no donde efectivamente se ejecutó, es decir, lo relevante no es que en efecto se haya ejecutado en el respectivo ente territorial, sino que debiera ejecutarse ahí.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00417-01 (2018-00394-00, 2018-00416-00 y 2018-00419-00)**

**Actor: DALIZ DEL CARMEN GONZÁLEZ VERGARA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ALBERTO MARÍN ZAMORA, ROBINSON PÉREZ RUIZ**

**Demandado: ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA - ALCALDE DE CARTAGENA - PERÍODO 2016-2019**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Inhabilidad de celebración de contratos -numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000- en alcaldes**

**Sentencia de segunda instancia**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por: i) el Consejo Nacional Electoral; ii) el apoderado del alcalde electo y iii) el señor Vicente Jorge Urzola Rego como coadyuvante del demandante, contra la sentencia adoptada el 10 de octubre de 2018 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar y a través del cual se decretó la nulidad del acto que declaró la elección de Antonio Quinto Guerra Varela como Alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. Las Demanda**

De manera independiente y separada los señores Daliz del Carmen González Vergara, Alberto Marín Zamora, Robinson Pérez Ruiz y la Procuraduría General de la Nación demandaron, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad del formulario E-26ALC través del cual se declaró la elección del señor Antonio Quinto Guerra como Alcalde de Cartagena.

Aunque las demandas se formularon de manera separada, todos los demandantes coincidieron en narrar la siguiente situación fáctica:

**1.1.1** El 26 de enero de 2017, el señor Antonio Quinto Guerra celebró contrato de prestación de servicios Nº 329 de 2017 con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio cuyo objeto era *“prestar los servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión 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 Vivienda, Ciudad y Territorio”*

En el citado contrato se estableció que el plazo de ejecución sería hasta el 31 de octubre de 2017, que su valor correspondía a la suma de $91.333.333 millones de pesos y que, además, de las obligaciones inherentes al objeto correspondía al contratista elaborar y entregar 10 informes, uno cada mes.

**1.1.2.** El 30 de octubre de 2017, el señor Quinto Guerra suscribió *“otro sí”* al contrato Nº 329 de 2017 en el que se estipuló que aquel se “adicionaba” en una cuantía de 20 millones de pesos y se prorrogaba hasta el 31 de diciembre de 2017. Asimismo, se modificó la obligación relacionada con la entrega de informes, de forma que se concertó que el señor Quinto Guerra debía entregar 2 más para un total de 12.

**1.1.3** El 30 de octubre de 2017, el señor Manuel Vicente Duque renunció al cargo de Alcalde Cartagena para el cual fue elegido.

**1.1.4** Por lo anterior, el Ministerio del Interior mediante Decreto 295 de 16 de febrero de 2018, modificado por el Decreto 434 de 6 de marzo de 2018, convocó a elecciones atípicas en esa entidad territorial para el 6 de mayo de 2018, con el propósito de elegir Alcalde de Cartagena para lo que restaba del periodo constitucional.

**1.1.5** Uno de los candidatos inscritos fue el señor Quinto Guerra, quien después de celebrada la jornada electoral resultó electo alcalde del distrito especial.

**1.2 Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora coincidió en sostener que el acto acusado es nulo, debido a que el señor Quinto Guerra se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser elegido como alcalde quien:

*“Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.*

**1.2.1** Así pues, para el Ministerio Público, el demandado se encuentra incurso en la citada prohibición principalmente por dos razones:

**(i) Porque el contrato se ejecutó durante el periodo inhabilitante:** Para la parte actora, una lectura de la inhabilidad bajo el principio *pro electoratem* impone colegir que la ejecución del contrato también debe entenderse como una conducta constitutiva de la prohibición, toda vez que es precisamente esa fase del negocio jurídico la que puede generar ventajas para el candidato.

Para la autoridad demandante, lo anterior aplicado al caso concreto evidencia que el demandado está inhabilitado, toda vez que ejecutó un contrato del 26 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, lapso en el que obtuvo ventaja respecto a los otros candidatos que no celebraron ni ejecutaron negocios jurídicos y menos en temas tan sensibles como el agua potable y el saneamiento básico del municipio en el que resultó electo.

En este sentido señaló que, aunque no desconocía que la jurisprudencia ha entendido que la inhabilidad se materializa con la celebración y no con la ejecución del contrato, lo cierto es que dado el propósito de la prohibición no era posible seguir sosteniendo esta tesis, ya que estaba demostrado que es en la ejecución donde verdaderamente el candidato puede obtener ventajas electorales del negocio jurídico que celebró con el Estado.

Así las cosas, solicitó que se acuñara una nueva interpretación de la inhabilidad con la que se protegieran los principios de transparencia, igualdad, moralidad, así como los derechos del electorado y no del elegido conforme a lo concluido en la sentencia de la Gobernadora de La Guajira[[1]](#footnote-1).

**(ii)** **Debido a que el demandado el 30 de octubre de 2017 celebró “otro sí” al contrato Nº 329, el cual en realidad se entiende como un nuevo negocio jurídico.** En este sentido, explicó que el citado “otro sí” se enmarcaba dentro del concepto de negocio jurídico al que aludía el artículo 1495 del Código Civil. Señaló que para determinar si dicho contrato se entendía como uno nuevo podía acudirse a varios criterios, por ejemplo el de analizar el objeto del contrato primigenio y encontró que el objeto del contrato 329 era “amplísimo”.

Aseguró que en la citada fecha y a través del “otro sí” se celebró un “contrato adicional” y no una “adición al contrato”, puesto que a través de éste se amplió el plazo pese que el contrato original se había ejecutado en su totalidad, pues de hecho con el “otro sí” no solo se amplió el plazo, sino el valor y el objeto de dicho negocio.

Aseguró, que el objeto del contrato original se ejecutó en su totalidad, de forma que el “otro sí” se refirió a un nuevo objeto. Para sustentar su postura adujo que en la cláusula novena del contrato primigenio se pactó que el demandado debía realizar y entregar un informe mensual durante la ejecución para un total de 10 informes; sin embargo, en el “otro sí” se modificó tal obligación, ya que se dispuso que el señor Quinto Guerra debía elaborar 2 informes más, para un total de 12.

Para la parte actora, esta circunstancia da cuenta que los deberes de uno y otro negocio jurídico eran distintos, y que por consiguiente, el “otro sí” es en realidad un nuevo contrato. Para reforzar lo anterior, sostuvo que el nacimiento de un contrato adicional se evidencia no solo por la modificación en las obligaciones, sino porque además las partes ampliaron el plazo inicialmente pactado y aumentaron el valor del contrato en 20 millones de pesos, de forma que se firmó un “otro sí” ampliando el plazo de un contrato que se había ejecutado en la totalidad en su objeto.

Expresamente sostuvo *“si el plazo se hubiera ampliado con la finalidad de ejecutar el faltante del objeto pactado, no hubiera sido necesario adicionar el valor del nuevo contrato, lo anterior lo que indica es que se estaba contratando un objeto nuevo.”*

**1.2.2** Lo propio concluyó la señora Daliz González Vergara, pues en su demanda sostuvo que el término de ejecución del contrato de prestación de servicios se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017, dado que el 30 de octubre se celebró un “otro sí”.

Sostuvo que en el caso concreto se materializaron los elementos que configuran la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 debido a que el señor Guerra Varela intervino en la celebración del “otro sí” el 30 de octubre de 2017 dentro del año anterior a su elección (6 de mayo de 2018) y el contrato debía ejecutarse en el respectivo municipio, esto es, en Cartagena.

**1.2.3** Por su parte el señor Robinson Pérez Ortiz insistió en que la inhabilidad no podía pender de la firma o suscripción del contrato, sino de ejecución. Para el actor, el hecho de que el contrato haya sido ejecutado en Cartagena da cuenta de que el demandado aventajó a sus contendores en una clara violación al principio de igualdad que debe permear esta clase de actuaciones.

**1.2.4** Finalmente, el señor Alberto Marín Zamora también consideró que el demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos, para lo cual retomó un concepto brindado por la Procuraduría el 16 de septiembre de 2015 dentro del radicado 2015900169672 y lo decidido por la Seccion Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 31 de agosto de 2006 radicación 4033 y de los cuales concluyó que “el otro sí” que celebró el señor Guerra Varela constituye un verdadero contrato. Indicó que como la ejecución del mismo se realizó en el municipio en donde el demandado se postuló como alcalde, es claro que aquel desequilibró la contienda electoral.

**1.3. Admisiones de las demandas**

**1.3.1** Mediante auto del 24 de junio de 2018, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda Nº 13001-23-33-000-2018-00394 promovida por la Procuraduría General de la Nación, decretó la suspensión provisional del acto acusado y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

La decisión relacionada con la suspensión provisional fue confirmada por la Sección Quinta en auto del 2 de agosto de 2018.

**1.3.2** En auto del 30 de mayo de 2018, el Ponente en el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda Nº 13001-23-33-000-2018-00417 promovida por la señora Daliz González Vergara y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

**1.3.3** A través de auto 1º de junio de 2018, el Ponente en el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda Nº 13001-23-33-000-2018-00416 promovida por el señor Robinson Pérez Ortiz y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

**1.3.4** Mediante providencia del 31 de mayo de 2018, el Ponente en el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda Nº 13001-23-33-000-2018-00419-00 promovida por el señor Alberto Marín Zamora y ordenó las notificaciones correspondientes de las que trata el artículo 277 del CPACA.

**1.4. Contestaciones**

Aunque las demandas se contestaron de forma independiente para cada proceso acumulado, atendiendo a que sus argumentos son similares para todos estos se referenciaran de manera conjunta, pero haciendo precisión en los aspectos distintos.

**1.4.1. El demandado**

**a) Las contestaciones de los expedientes 2018-00417; 2018-419 y 2018-416**

A través de apoderado judicial el señor Guerra Varela se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Para el efecto, adujo que el “otro sí” no podía entenderse como un contrato adicional con plena independencia del principal, sino que debía considerarse como una adición del contrato tal y como lo concluyó la Seccion Quinta en sentencia del 26 de enero de 2006 dentro del radicado 15001-23-31-000-2003-02985-02.

Hizo un recuento histórico acerca del contrato de prestación de servicios y de cómo el ordenamiento jurídico incorporó en los contratos estatales la figura de la adición del contrato y del contrato adicional. En este contexto, procedió a diferenciar estos conceptos, así respecto del primero [adición] sostuvo que era una mera ampliación del objeto del contrato que ocurría cuando al alcance físico del objeto se agregaba algo nuevo sin variar su esencia; en tanto el segundo [contrato adicional] se caracterizaba por su independencia y autonomía con el contrato primigenio, por encerrar una modificación de fondo[[2]](#footnote-2).

En este contexto, concluyó que el “*otro sí”* Nº 1 del 30 de octubre de 2017 era en realidad una adición del contrato y no un contrato adicional, ya que: i) solo adicionó el valor del contrato en 20 millones lo que evidencia que no superó el 50% del valor inicial; ii) no modificó o alteró el objeto del contrato Nº 329 de 2017, pues no varió su esencia y iii) fue necesario debido a que la labor inicialmente contratada fue insuficiente y se necesitó una adición para completar los proyectos y las labores encomendadas.

Así las cosas, y como a su juicio, el “otro sí” debía entenderse como una mera adición concluyó que la inhabilidad no se materializó, toda vez que el periodo inhabilitante estuvo comprendido entre el 6 de mayo de 2017 y el 6 de mayo de 2018, en tanto el contrato primigenio se suscribió el 26 de enero de 2017.

Igualmente, adujo que el contrato se desarrolló en los municipios de Calamar, Mahate, San Cristóbal, Arjona y Turbaco pero no en la ciudad de Cartagena que es donde el demandado resultó electo.

Conforme con lo anterior, propuso la excepción que denominó “*falta de adecuación de la causal invocada”*, toda vez que, según su criterio, el “otro sí” del 30 de octubre de 2017 solo podía entenderse como una adición al contrato del 26 de enero de esa misma anualidad, y por consiguiente, no era un nuevo contrato que diera lugar a la inhabilidad endilgada.

**b) La contestación del expediente 2018-394**

En este expediente el demandado sostuvo que no se materializaron los supuestos para decretar la nulidad del acto acusado, comoquiera que no estaban acreditados los elementos propios de la inhabilidad. En especial, indicó que no celebró ningún contrato dentro del año anterior a su elección, ya que el contrato de prestación de servicios se suscribió el 26 de enero de 2017, esto es, un año y 3 meses antes de la elección. Para sustentar su postura, trajo a colación varios apartes de fallos proferidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado[[3]](#footnote-3).

Indicó que no era posible aceptar la tesis de los accionantes, según la cual debía tenerse en cuenta el tiempo de ejecución del contrato, toda vez que esos actos no constituyen la inhabilidad endilgada sin que, a juicio del señor Guerra Varela, sea posible variar dicha interpretación porque: i) la hermenéutica propuesta por los demandantes amplía el ámbito de aplicación de una norma que por su esencia no admite ampliaciones, ni analogías; ii) desconoce la jurisprudencia que se ha acuñado sobre el punto y que de forma clara ha sostenido que el verbo rector en el caso concreto se limita a celebrar y no ejecutar y iii) solo el Consejo de Estado podría cambiar esa posición y en caso de acceder a ella no tendría aplicación para el caso concreto, en virtud del principio de confianza legítima.

Insistió en que no podía entenderse configurada la inhabilidad debido a la diferencia entre adición del contrato y contrato adicional, razón por la que el “*otro sí”* no podía concebirse como un nuevo contrato. Aseguró que tampoco podían aplicarse los antecedentes que traía el demandante como sustento de su demanda, puesto que el *“otro sí”* no amplió o modificó el contrato, pues aquel simplemente era una mera prorroga. Para reforzar su postura, transcribió varios artículos de la Ley 80 así como jurisprudencia de la Sección Tercera sobre los citados conceptos.

Finalmente, sostuvo que no podía perderse de vista que las elecciones atípicas se constituían como hechos inciertos, razón por la que *“los candidatos no tienen la posibilidad de evitar de forma diligente las conductas inhabilitantes que consagra la ley.”* Por lo tanto, para el demandado la interpretación más garantista era aquella según la cual el periodo inhabilitante debía computarse desde una fecha cierta, esto es, la fecha en la que se celebran las elecciones ordinarias, momento para el cual el contrato entre el señor Guerra Varela y el Ministerio de Vivienda aún no se había celebrado.

**1.4.2. RNEC**

Dicha autoridad propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, habida cuenta que, a su juicio, lo relacionado con el acaecimiento de la inhabilidad escapaba a sus competencias.

**1.4.3 Coadyuvantes**

Los señores Vicente Jorge Urzola Rego, Armando Antonio Venegas Polo, Pablo Bustos Sánchez, Gustavo de Jesús Guardiola Osorio y Oscar Eduardo Borja Santofimio solicitaron ser tenidos como coadyuvantes del proceso de la referencia.

**1.5. Trámite del proceso en primera instancia**

**1.5.1 La acumulación de procesos**

En auto del 30 de julio de 2018, el Ponente del proceso 2018-417 ordenó la acumulación con los identificados con los radicados 2018-394 y 2018-416. Dicha providencia fue adicionada por providencia del 31 de julio de ese año en la que se ordenó, además, la acumulación con el expediente 2018-419.

**1.5.2 La audiencia inicial**

El día 28 de agosto de 2018 se celebró la audiencia inicial dentro del proceso de la referencia y en ella se: i) saneó el proceso; ii) decidió declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la RNEC, toda vez que aquella fue vinculada no como demandada, sino como sujeto especial que intervino en la adopción del acto acusado.

Igualmente, se fijó el litigio en los siguientes términos:

*“si por haber contratado con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Desarrollo el señor Antonio Quinto Guerra Varela se encuentra incurso en la causal de inhabilidad que establece el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, y en caso afirmativo si hay lugar a la declaratoria de nulidad de su elección.”*

Frente a la anterior decisión, ninguna de las partes presentó reparo alguno por lo que aquella quedó ejecutoriada y en firme. Igualmente, se decretaron las pruebas solicitadas.

**1.5.3 Audiencia de pruebas**

El 11 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de pruebas en donde se practicaron los medios de convicción previamente decretados.

**1.5.4 Alegatos de conclusión en primera instancia**

Las partes alegaron de conclusión retomando los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

**1.6. Sentencia recurrida**

**1.6.1** Mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo de Bolívar falló:

*“****PRIMERO:*** *declarar no probadas las excepciones propuestas por el señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA.*

***SEGUNDO:*** *declárese la nulidad del acto electoral demandado (acto de elección contenido en el formulario E-26ALC del 6 de mayo de 2018)*

*(…)*

***SÉPTIMO:*** *DENIEGANSE las demás pretensiones de la demandas acumuladas que aquí son materia de decisión por las razones ya acotadas”[[4]](#footnote-4) (Mayúsculas y negritas en original)*

Para sustentar su decisión, la autoridad judicial de primera instancia señaló que la inhabilidad endilgada se había materializado, toda vez que dentro del año anterior a su elección el señor Guerra Varela suscribió un “otro sí” al contrato primigenio el cual debía ejecutarse en la ciudad de Cartagena.

Así, después de examinar el material probatorio, el tribunal encontró que si bien el contrato Nº 326 de 26 de enero de 2017 se celebró por fuera del periodo inhabilitante que estuvo comprendido dentro del *“6 de mayo de 2017 al 31 de octubre de 2017”,* no se podía perder de vista que obraba copia del “otro sí” de 30 de octubre de 2017 el cual, según su criterio, se erigía como un verdadero contrato desde la perspectiva finalística del análisis de las inhabilidades.

Para reforzar su postura sostuvo que según la jurisprudencia y la doctrina cuando se reforman las condiciones de un contrato primigenio se exige un acuerdo bilateral de las personas sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados, lo que supone una concurrencia de voluntades que se cristaliza en un nuevo contrato.

En este orden de ideas, concluyó que la prórroga u otras modificaciones vía “otro sí” encajan dentro del concepto de acuerdo de voluntades, y por ende, dentro del término contrato al que alude la inhabilidad, por lo que su celebración o suscripción sí da lugar a la configuración de dicha prohibición.

En este contexto, la autoridad de primera instancia concluyó que el periodo inhabilitante no debía contabilizarse desde la suscripción del contrato primigenio, sino desde el “otro sí”, para lo cual retomó lo decidido por esta Sección cuando resolvió la apelación contra la medida cautelar. Así las cosas, encontró que el “otro sí” del 30 de octubre de 2017 no era solamente un mera adición al contrato primigenio, sino también una prórroga al plazo de ejecución, un aumento en el valor del contrato y una modificación a la cláusula novena relativa a la cantidad de informes que debía entregar el contratista.

Sostuvo que el término de la inhabilidad debía computarse desde “*el 31 de octubre de 2017*”, esto es, desde el día siguiente al que se celebró el “otro sí” al contrato de prestación de servicios Nº 229, en tanto estaba demostrado que el demandado radicó su inscripción el 2 de marzo de 2018 y fue elegido como alcalde el 6 de mayo de esa misma anualidad, de forma que aquel sí se celebró dentro del periodo inhabilitante.

Igualmente, señaló que estaba probado que el contrato se ejecutó en el ente territorial donde el señor Quinto Guerra resultó electo alcalde de lo cual daba cuenta el contrato mismo en el que se especificaba que aquel se ejecutaría en el departamento de Bolívar, el cual a su vez incluye la ciudad en donde aquel resultó electo como alcalde[[5]](#footnote-5).

En este sentido, el tribunal precisó que la inhabilidad consagra que el contrato “deba” ser ejecutado en el respectivo municipio, sin que sea necesario que efectivamente se haya ejecutado en ese lugar. Para el *a quo*, en el caso concreto el contrato no solo debía ejecutarse en el distrito especial, sino que, además, estaba demostrado que en efecto se ejecutó en tal ciudad, porque así se desprendía de los distintos documentos aportados al expediente tales como actas de reuniones y demás en las que se aludía a la ciudad de Cartagena.

En suma, al encontrar acreditado todos los elementos constitutivos de la inhabilidad de celebración de contratos, el tribunal declaró la nulidad del acto de elección del señor Quinto Guerra.

**1.6.2** Mediante auto del 6 de noviembre de 2018 se negó la solicitud de adición de la sentencia formulada por uno de los coadyuvantes de la parte actora.

**1.7. Recursos de apelación**

Inconformes con la decisión anterior se presentaron varios recursos de apelación en los siguientes términos:

**1.7.1 El demandado**

Señaló que la sentencia de primera instancia incurrió en los siguientes defectos así:

**a) Respecto al aspecto material** adujo que el *a quo* erró al aplicar la norma contentiva de la inhabilidad, en la medida en que desconoció las nociones que sobre adición del contrato y contrato adicional que ha acuñado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En especial, para el recurrente la teoría finalística con la cual la autoridad de primera instancia interpretó la inhabilidad desconoce el principio de capacidad electoral y los tratados de derechos humanos que reconocen el derecho a elegir y ser elegido como un derecho político de suma importancia cuya protección justifica una interpretación restringida de las inhabilidades.

En este orden de ideas, para el alcalde electo la celebración de “otro sí” no puede ser tenida en cuenta para entender materializada la inhabilidad pues, a su juicio, esa postura viola el principio de capacidad electoral y la jurisprudencia del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6) que ha concluido que las modificaciones contractuales, per se, no configuran la celebración de un nuevo contrato, sino que esto sucede, únicamente, cuando se modifica el objeto del contrato inicialmente pactado.

En este orden de ideas, indicó que la sentencia del 10 de octubre de 2018 no solo va en contravía de esta postura, sino que además amplió indebidamente el entendimiento de la inhabilidad, comoquiera que el legislador no reprochó todo acuerdo de voluntades, sino únicamente el que se suscribe un año antes de la elección, ni tampoco recriminó toda modificación contractual, sino solo aquella que modifica o sustituye el objeto del contrato celebrado. Por lo anterior, para el recurrente la afirmación del *a quo* en ese sentido debería entenderse como una “*falacia argumentativa*”, máxime cuando el Consejo de Estado sí ha diferenciado entre la adición del contrato y el contrato adicional[[7]](#footnote-7).

Aseguró que el *“otro sí”* de 30 de octubre de 2017 no varió el objeto del contrato, y por ende, no podía entenderse como celebrado dentro del periodo inhabilitante, pues no todos los “otros síes” se erigen como nuevos negocios jurídicos, razón por la que la tesis en ese sentido era contraria a la jurisprudencia acuñada por la Sección Tercera sobre el punto, siendo claro que el juez electoral sí está vinculado por esos pronunciamientos, o al menos está obligado a no ampliarlos.

En este sentido explicó que no era posible que el contrato tuviera ciertos efectos y diferencias en materia contractual, pero tuviera unas connotaciones distintas en materia electoral ya que, según su criterio, dicha posición conllevaría a desconocer que el derecho como ciencia y sistema no guarda coherencia, postura que no es cierta. En consecuencia, para el recurrente la interpretación que haga el juez electoral no puede ser más amplia que la acuñada por el juez del contrato, so pena de atentar contra el derecho a elegir y ser elegido.

Aseguró que el “otro sí” del 30 de octubre de 2017 no podía ser interpretado como nada distinto de un acto de ejecución negocial, el cual está excluido del ámbito de aplicación de la inhabilidad que está circunscrita a la celebración. En todo caso, puso de presente que la modificación del plazo, valor y la inclusión de dos informes que se hizo en el “otro sí” no podían entenderse como modificatoria del objeto del contrato primigenio, habida cuenta que las variaciones en ese ítem no se erigían como un nuevo acuerdo de voluntades.

**b) Desconocimiento de los criterios interpretativos de las inhabilidades:** Al respecto sostuvo que la teoría finalística y *pro electoratem*que aplicó el tribunal falseó la voluntad popular, porque si bien es cierto dicho principio debe protegerse, lo cierto es que esa salvaguarda debe hacerse dentro del marco jurídico según el cual la inhabilidad debe entenderse de forma restrictiva. En consecuencia, para el recurrente en el caso concreto el principio *pro electoratem*se garantiza dando eficacia al voto de más de 70.000 cartageneros que votaron a favor del señor Guerra Varela.

**c) Respecto al elemento territorial**: Adujo que no era posible, como hizo la sentencia de primera instancia, asimilar el departamento con la circunscripción electoral del municipio, pues si bien en cierto “*el departamento contiene al municipio, el municipio no contiene al departamento”;* y por ello, en el caso concreto se imponía verificar donde realmente se ejecutó el contrato. En este sentido aseguró que no era posible asimilar el distrito de Cartagena con el departamento de Bolívar, máxime cuando la inhabilidad se entiende de manera restringida y realmente nunca existió una verdadera ejecución del contrato en dicha ciudad.

Para el recurrente, la ejecución no “debe” darse en el respectivo municipio, sino que efectivamente tiene que materializarse en el ente territorial, estando claro que no hubo ejecución contractual en la ciudad de Cartagena, sin que de las pruebas en las que el tribunal sustentó su decisión se desprendiera una verdadera ejecución en dicha ciudad, pues el contrato se ejecutó en Mahate y Calamar pero no en Cartagena.

**d) Carencia de material probatorio:** Adujo que no hay pruebas para decretar la nulidad electoral, toda vez que: i) el contrato del 26 de enero de 2017 fue celebrado por fuera del periodo inhabilitante, ii) el “otro sí” de 30 de octubre de 2017 no se entiende como un contrato independiente, ni un nuevo acuerdo de voluntades, razón por la que, según su criterio, la única valoración correcta de dichos documentos es que no se celebró contrato alguno dentro del periodo inhabilitante y iii) las pruebas aportadas dan cuenta que se llevaron a cabo reuniones en Cartagena, pero no que el contrato verdaderamente se ejecutó en dicha ciudad.

Finalmente, sostuvo que el tribunal no valoró la interpretación que del “otro sí” se hizo en la actuación administrativa adelantada por el CNE, pese a aquel podía dar luces sobre el verdadero alcance de dicho negocio jurídico.

Con fundamento en estos argumentos solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda.

**1.7.2 El Consejo Nacional Electoral**

A través de apoderado judicial la autoridad electoral solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demandas ya que, a su juicio, no se materializaron los elementos propios de la inhabilidad endilgada.

Para el efecto, señaló que el “otro sí” del 30 de octubre de 2017 no podía entenderse como un contrato adicional, sino como una adición al contrato suscrito el 26 de enero de 2017, razón por la que aquel no como constituía la acción de celebrar como lo exige la inhabilidad objeto de estudio. Aseguró que el “otro sí” era un mero acto de ejecución del negocio jurídico primigenio los cuales, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado no podían entenderse en el marco de aplicación de la inhabilidad.

**1.7.3 El coadyuvante**

El señor Vicente Jorge Urzola Rego, en su calidad de coadyuvante, presentó recurso de apelación pero únicamente contra los numerales quinto y séptimo de la sentencia través de los cuales la autoridad judicial decidió negar las demás pretensiones de la demanda.

En este sentido, el recurrente sostuvo que se debía acceder también a las pretensiones relacionadas con declarar la nulidad de los formularios E-24 y el acta general de escrutinios del proceso de elección del alcalde Cartagena, y por contera, se debía, además, ordenar la cancelación de la credencial que acreditaba al señor Guerra Varela como alcalde. Indicó que la sentencia, sin ningún sustento legal, se negó a retirar del ordenamiento jurídico los citados actos pese a que aquellos también están relacionados con la elección demandada.

Aseguró que el fallo de primera instancia no dio aplicación al artículo 287 del CPACA que imponía al juez fijar fecha y hora para realizar un nuevo escrutinio. En consecuencia, solicitó que se hiciera un nuevo escrutinio y se resolviera, conforme a la votación obtenida, quien verdaderamente debía ocupar el puesto de alcalde Cartagena para el periodo 2016-2019. En consecuencia, pidió que se declarara la elección de quien obtuvo el segundo lugar en votación después del demandado, comoquiera que, a su juicio, esa es la única forma de garantizar la eficacia del voto.

**1.8. Trámite en segunda instancia**

**1.8.1** Los recursos de apelación fueron concedidos por auto del 21 de noviembre de 2018.

**1.8.2** El expediente fue repartido al ponente el 29 de enero de 2019.

**1.8.3** Por auto de 5 de febrero de 2019 se admitieron los recursos de apelación y se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia. Dicha providencia fue objeto de recurso de reposición, el cual se rechazó según las voces del artículo 292 del CPACA en auto del 28 de febrero de 2019.

**1.8.4** A través de memorial del 15 de febrero de 2019, el demandado solicitó que el proceso de la referencia fuera asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

**1.8.5** Mediante auto del 7 de mayo de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió no avocar el conocimiento de este asunto por importancia jurídica o necesidad de unificar jurisprudencia.

**1.9 Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Dentro del lapso concedido para alegar se presentaron las siguientes manifestaciones:

**1.9.1 El demandado**

Reiteró íntegramente los argumentos del recurso de apelación, razón por la que la Sala se remite a los razonamientos antes referenciados. Sin embargo, insistió en que no podía ser una la interpretación que del contrato acuñara el juez electoral y otra la que acogiera el juez contractual, pues eso impedía a los candidatos realizar un examen objetivo respecto a si están incursos o no en el régimen de inhabilidades, razón por la que en aplicación del principio de confianza legítima debía mantenerse una postura uniforme.

Adujo que el tribunal no justificó de forma clara y suficiente las razones para apartarse de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la distinción entre contrato adicional y adición del contrato razón por la que, a su juicio, el tribunal falló en su carga argumentativa y de motivación.

Indicó que al señalar que toda modificación contractual es un nuevo contrato se creó una nueva inhabilidad, pese a que el único autorizado para ello era el legislador. Finalmente, reiteró la solicitud de que el caso fuera asumido por importancia jurídica por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

**1.9.2 La Procuraduría General de la Nación**

En su calidad de demandante, el Ministerio Público insistió en que debía confirmarse la sentencia de primera instancia, comoquiera que estaba demostrado que si bien el contrato primigenio se celebró por fuera del periodo inhabilitante, lo cierto es que dentro de ese lapso se signó un “otro sí” que encuadra perfectamente en la inhabilidad objeto de estudio.

Señaló que debía acuñarse la misma tesis plasmada en la suspensión provisional, pues era claro que la finalidad del régimen de inhabilidades era precaver la igualdad de condiciones de los candidatos, siendo claro, según su criterio, que la suscripción de un “otro sí” rompe el equilibrio electoral; en consecuencia, como el contrato se ejecutó en el respectivo municipio y el “otro sí” se suscribió dentro del periodo inhabilitante el acto de elección del señor Guerra Varela sí estaba viciado de nulidad.

**1.9. 3 La RNEC**

Insistió en que debía declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa.

**1.9.4 Los demás sujetos procesales**

Los otros sujetos procesales no presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia.

**1.10. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia**

Mediante memorial del 15 de marzo de 2019, la Procuradora Séptima delegada ante el Consejo de Estado señaló que se abstenía de rendir concepto, habida cuenta que la Procuraduría General de la Nación era parte demandante dentro del proceso de la referencia.

**2. CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 292 del CPACA corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por el coadyuvante de los demandantes contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2018 en la que el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad del acto a través del cual se declaró la elección de Antonio Quinto Guerra como Alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019.

**2.2. Acto demandado**

Corresponde al formulario E-26ALC a través del cual se declaró la elección de Antonio Quinto Guerra como Alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019 visible a folios 30 a 34 del expediente 2018-394.

**2.3. Problema jurídico**

Conforme con lo expuesto corresponde a la Sala establecer si debe modificar, confirmar o revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que decretó la nulidad del acto acusado. En especial, deberá determinar, en los términos del recurso de apelación, si el señor Antonio Quinto Guerra Varela se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

Por efectos metodológicos, **en primer lugar** se realizará una cuestión previa; en **segundo lugar**, se expondrán los alcances de la inhabilidad endilgada al demandado; en **tercer lugar**, se examinará el caso concreto, esto es, los argumentos de los apelantes que buscan revocar la sentencia de primera instancia cuestionando la materialización de los elementos de la inhabilidad, y en caso de que estos no prosperen, **en cuarto lugar**, se analizará el recurso de apelación presentado por uno de los coadyuvantes que busca ampliar la declaratoria de nulidad a otros actos, y **finalmente,** se expondrá una conclusión.

**2.4 Cuestión previa**

**2.4.1** Debe advertirse que la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la RNEC en sus alegatos de conclusión en segunda instancia no será estudiada en esta instancia, ya que, como se referenció en precedencia, dicha excepción ya fue resuelta por la autoridad de primera instancia en la audiencia inicial, decisión que se encuentra ejecutoriada y en firme.

**2.4.2** Tampoco se incluirá en el análisis la coadyuvancia al recurso de apelación del señor Guerra Varela presentada por el señor Eduardo Ardila Padilla Hernández visible a folio 592 del expediente principal, comoquiera que dicho sujeto no fue reconocido como tercero interviniente en el proceso de la referencia en el auto que aceptó esas intervenciones y su participación claramente excede el límite temporal que el artículo 228 del CPACA previó para la inclusión de terceros intervinientes en el proceso electoral.

**2.5 La inhabilidad de celebración de contratos en los alcaldes**

La inhabilidad que se considera infringida en el caso concreto es del siguiente tenor:

***“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE.****<Artículo modificado por el artículo*[*37*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html#37)*de la Ley 617 de 2000. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital*

*(…)*

*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. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.”*

La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad *“de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular”[[8]](#footnote-8).*

Como puede observarse, dicha causal contiene en su redacción tres prohibiciones de forma tal que a groso modo, no podrán ser elegidos alcaldes quienes:

i) Hayan intervenido durante el año anterior a la elección en la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros en entidades públicas del nivel municipal.

ii) Durante ese mismo lapso [el año anterior a la elección] hayan celebrado, con un interés propio o favor de terceros, contratos con entidades públicas de cualquier orden siempre que el contrato se haya ejecutado en la respectiva entidad territorial.

iii) Hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas y contribución o entidades que presenten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

En el caso concreto, la inhabilidad que se considera materializada es la relativa a la celebración de contratos cuya finalidad es “*garantizar la igualdad de las elecciones, dado que la celebración de un contrato estatal puede otorgar notoriedad al contratista frente al electorado”[[9]](#footnote-9).* En este sentido, la Sección precisó:

*“La teleología de esta inhabilidad es preventiva y proteccionista de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, bajo el propósito de precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos.” [[10]](#footnote-10)*

Ahora bien, de la lectura de la norma anteriormente trascrita se pueden extraer los elementos que integran dicha inhabilidad[[11]](#footnote-11), de forma tal que se pude afirmar que esta está conformada por:

i) Un **elemento temporal** limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás.

ii) Un **elemento material u objetivo** consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato se ejecute o cumpla en el municipio o distrito para el cual resultó electo **(elemento territorial).**

De acuerdo con la jurisprudencia la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio, es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con la **celebración** efectiva[[12]](#footnote-12) del respectivo contrato estatal[[13]](#footnote-13) dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución o liquidación. Cosa distinta es que, según los parámetros actuales, tratándose de la ejecución se requiera, además, un elemento territorial.

En efecto, no basta con corroborar que se celebró un contrato, sino que además es menester que se compruebe que la ejecución o cumplimiento del mismo se realizó en la respectiva circunscripción electoral en la cual el candidato resultó elegido, pues *“lo importante para esta inhabilidad es que el lugar de ejecución del contrato sea el mismo del de la elección, no interesa si se celebró en otro sitio*”[[14]](#footnote-14).

iii) Un **elemento subjetivo** relacionado con el interés propio o de terceros. Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extra patrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros[[15]](#footnote-15).

Finalmente, es de anotar que para que se materialice la inhabilidad alegada, es necesaria la **concurrencia de todos y cada uno** de los elementos descritos, de forma tal que la ausencia de algunos de ellos derivara en que la inhabilidad no se configure.

**2.6 Caso concreto**

Para el tribunal de primera instancia los citados elementos se acreditaron, razón por la que decretó la nulidad del acto acusado. Sin embargo, la parte demandada en su recurso explicó las razones por las que considera que en el caso concreto no están demostrados ni el elemento material u objetivo, ni el elemento territorial; por consiguiente, atañe a la Sala Electoral del Consejo de Estado establecer si el señor Guerra Varela se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de intervención en la celebración de contratos.

**2.6.1 El elemento temporal**

Aunque las conclusiones que sobre este aspecto acuñó el tribunal no fueron apeladas, la Sala desea precisar desde cuando se cuenta el elemento temporal de la inhabilidad objeto de estudio, comoquiera que la autoridad de primera instancia tomó un lapso distinto al establecido en la ley, ya que aseguró que el año de que trata la norma en cita se computó desde el día siguiente a la celebración del “otro sí”, esto es desde el 31 de octubre de 2017.

Debe resaltarse que esta afirmación desconoce el tenor de la inhabilidad objeto de estudio que establece, de forma diáfana, que el lapso en el que debe acreditarse la conducta inhabilitante comprende un año anterior contado desde el día de la elección. Es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás.

En consecuencia, el punto de partida para computar el periodo inhabilitante no es, como erradamente sostuvo el tribunal, el día siguiente a la celebración del contrato, sino única y exclusivamente el día de la elección.

Esto significa que para el caso concreto el periodo inhabilitante no estuvo comprendido *“desde el día siguiente al que se celebró el “otro sí” al contrato de prestación de servicios Nº 229”* o *“entre el 6 de mayo de 2017 y el 31 de octubre de 2017”* como aseguró la autoridad de primera instancia, sino desde el 6 de mayo de 2017 y el 6 de mayo del año del 2018, comoquiera que ese último fue el día en el que se celebró la elección atípica acusada.

**2.6.2 El Elemento material u objetivo en el caso concreto**

Corresponde a esta Sala de Decisión establecer si el demandado celebró algún contrato dentro del periodo inhabilitante que lo haga incurso en la prohibición endilgada.

1. **El contrato en la inhabilidad de celebración de contratos**

La norma objeto de estudio señala que no podrá ser elegido alcalde quien haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas. Es decir, uno de los elementos centrales de la inhabilidad es lo relativo al contrato, pues solo la celebración de ese negocio jurídico configurará el verbo rector de la conducta proscrita por el legislador.

Ahora bien, desde la teoría de las obligaciones un contrato o convención es un acuerdo de voluntades a través del cual se crean o trasmiten derechos u obligaciones. Al respecto resulta ilustrativo lo reglado en el Código Civil que sobre la noción de contrato establece:

*“****ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>.****Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*

***ARTICULO 1495. <DEFINICION 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.”*

Del análisis de lo anterior se extrae que el contrato es aquel acto bilateral de creación de validez jurídica en relación de los sujetos de derecho que en él participan[[16]](#footnote-16). Se trata entonces de un acto a través del cual dos sujetos plenamente capaces se obligan a hacer, dar o no hacer.

La misma noción aplica al contrato estatal, porque aquél también se erige como un acuerdo de voluntades entre las partes, solo que al menos una de ellas tiene origen público. En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece: *“****todos*** *los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley”. (Subraya la Sala)*

Por supuesto, el hecho de que una de las partes del contrato sea el Estado y que en el marco de él pueda imponer las denominadas cláusulas exorbitantes o ajenas al derecho común no significa que el contrato estatal pierda su carácter sinalagmático, bilateral[[17]](#footnote-17) o de acuerdo de voluntades entre dos sujetos plenamente capaces; comoquiera que esta clase de estipulaciones lo que dan cuenta es de la posición privilegiada que, en razón a los intereses que representa, el ordenamiento jurídico[[18]](#footnote-18) le otorgó al Estado a efectos de proteger esos fines comunes y superiores, pero no trastocan las citadas características.

Por regla general, el contrato estatal se perfecciona cuando se llega a un acuerdo sobre el objeto, la contraprestación y este se eleve a escrito[[19]](#footnote-19), de forma que, en principio, cuando se materializan dichos elementos puede asegurarse que existe un contrato estatal.

Ahora bien, desde la óptica del derecho electoral cuando el contrato es único y no tiene modificaciones o cambios es relativamente sencillo establecer si la inhabilidad se materializó o no, pues basta con consultar la fecha de su suscripción y perfeccionamiento para determinar ese supuesto. Sin embargo, cuando el contrato estatal es modificado y esa variación se realiza en el periodo inhabilitante nace la pregunta de si esa variación debe entenderse como un nuevo negocio jurídico o si, por el contrario, debe como concebirse como una “extensión” del principal.

Para resolver ese problema jurídico, se había acudido a la distinción entre contrato adicional y adición del contrato propias del derecho contractual[[20]](#footnote-20). Sin embargo, por las razones que se explicarán, atendiendo a la naturaleza autónoma del derecho electoral se estima que no es posible seguir acudiendo a esos criterios, comoquiera que no están en consonancia con la perspectiva finalística con la que debe analizarse el régimen de inhabilidades.

En efecto, tal y como lo hiciera al momento de analizar la suspensión provisional, la Sección Electoral encuentra que el análisis de la norma objeto de estudio debe realizarse **única y exclusivamente desde la óptica de la finalidad de la inhabilidad.**

Lo anterior, porque cuando se alegan aquellas inhabilidades que tienen que ver con la celebración o gestión de contratos, el juez electoral no las analiza desde la perspectiva contractual o del medio de control de controversias contractuales, sino desde la finalidad con la que el legislador estableció esa restricción como limitación al derecho a elegir y ser elegido, es decir.

En consecuencia, el estudio de las etapas precontractual, contractual o pos contractual que se relacionan con los supuestos de hecho consagrados en la norma objeto de estudio debe abordarse desde el propósito del proceso electoral y no desde las teorías propias del contrato, habida cuenta que una cosa es examinar un contrato estatal en relación o frente a la inhabilidad y otra muy distinta estudiarlo desde la perspectiva contractual; v.gr. en el medio de control previsto en el artículo 141 del CPACA.

Lo anterior se explica porque, a diferencia de otros medios de control, el derecho electoral tiene como propósito no solo ejercer un control abstracto de legalidad sobre el acto electoral acusado sino, además, garantizar los derechos del electorado y la **materialización efectiva** de principios pilares y transversales del sistema democrático como la igualdad, la transparencia o la moralidad[[21]](#footnote-21).

En efecto, el derecho electoral es una rama autónoma del derecho que se rige por sus propios postulados y cuyo propósito principal es garantizar que el derecho al voto se ejerza de forma libre, esto es, sin presiones de ningún tipo, lo que a su vez impone al juez aplicar un régimen de inhabilidades fuerte y objetivo.

Y es que no podría ser de otra manera, ya que lo que se pretende con la implementación de las inhabilidades no solo es garantizar que todos los contendores ejerzan sus derechos políticos de forma igualitaria sino, además, evitar que ciertas circunstancias, en este caso la celebración de un contrato, concedan a los candidatos ventajas unos sobre otros, quebrantando así la igualdad que debe existir en la contienda electoral.

Así las cosas, es claro que cuando se examina la prohibición de celebración de contratos, como causal de inhabilidad, la Sala no lo estudia como juez del contrato estatal, sino como juez electoral que debe propender por la garantía de los principios antes citados, en amparo no solo de la igualdad entre los candidatos, sino de los derechos del electorado que priman, según sentencia de unificación proferida por esta Sección antes citada, sobre los del elegido; ello significa que en caso de colisión entre esos derechos debe darse prevalencia a los derechos del electorado

En otras palabras, al examinar conceptos como “contrato”, “adición” etc., el **juez electoral debe tener cuidado de no perder de vista la finalidad del derecho electoral**, pues naturalmente no le corresponde examinar la validez del negocio jurídico, su tipología, ni tampoco determinar las consecuencias contractuales que de él se pudieran desprender, sino que simplemente debe limitarse a establecer si con aquel se violentaron los principios en los que se sustenta el sistema democrático y representativo que rige en nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto y desde la perspectiva de las inhabilidades la suscripción de un *“otro sí*” **sea cual sea su propósito** implica necesariamente la celebración de una convención en los términos antes explicados, habida cuenta que ese instrumento también es un acto a través del cual una parte, se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Así pues, aunque desde la teoría del contrato estatal, pudiera asegurarse que los “otro sí” son meramente adiciones o modificaciones menores a un contrato primigenio, lo cierto es que ello no tiene relevancia desde la perspectiva de la inhabilidad, pues lo que desde esta óptica adquiere plena importancia es el hecho de que ese “otro sí”; “prórroga” o como se llame, sí se celebra dentro del periodo inhabilitante”, puede generar ventajas electorales, rompiendo el equilibrio frente a la igualdad que debe caracterizar los comicios.

Por ello, para la Sala Electoral desde la óptica de las inhabilidades, **cualquier modificación al contrato**, independiente del nombre que las partes quieran darle, configura la inhabilidad de celebración de negocios, no solo porque en sentido estricto esos cambios constituyen una convención, sino porque esa es la interpretación que desde la perspectiva de las inhabilidades debe acuñarse.

Por supuesto, lo anterior no implica desconocer que el ordenamiento jurídico colombiano autorizó, para otros efectos, las modificaciones en los contratos estatales para materializar así los fines del Estado[[22]](#footnote-22) y que en el marco de esas modificaciones se ha acuñado jurisprudencialmente las diferencias entre contrato adicional y adición del contrato, de lo que se trata es de evidenciar que, desde la perspectiva de las inhabilidades, **todo** acuerdo de voluntades que constituya convención materializa, si se celebra dentro del plazo inhabilitante, la prohibición de celebración de contratos.

Esto es así porque, se insiste, para efectos electorales todo acuerdo de voluntades suscrito entre quien se inscribe como candidato y el Estado puede otorgar beneficios electorales para el candidato-contratista, desequilibrando en consecuencia, la contienda electoral.

Así pues, si con la inhabilidad de celebración de contratos lo que se proscribe es que el contratista saque provecho de su relación contractual con el Estado es obvio que cualquier modificación a dicho nexo configura la prohibición, no solo porque como se dijo, ese nuevo acuerdo de voluntades sí constituye un convenio, sino porque, además para el electorado no habrá diferencia entre contrato adicional o adición del contrato, pues en todo caso lo que a la sociedad se refleja es la calidad de contratista que ostenta el candidato.

En consecuencia, la Sala reitera tal y como lo hizo al resolver la medida cautelar que si bien dichas distinciones operan teniendo en cuenta el trasegar del contrato estatal en todas sus etapas, lo cierto es que **desde la perspectiva electoral, aquellas carecen de relevancia,** puesto como se explicó, lo que en este asunto se analiza no son las particularidades del contrato o su tipología, sino si aquel se erige como un acuerdo de voluntades que celebrado dentro del periodo inhabilitante incurra en la conducta que el legislador quiso precaver esto es el desequilibrio en la contienda electoral.

No es de recibo el argumento de los apelantes, según el cual esta tesis implica aceptar que el derecho como ciencia es incoherente, pues lo cierto es que no pueden pretender abordar el control objetivo de legalidad que subyace a la nulidad electoral con fundamento en conceptos acuñados en escenario distintos.

Así pues, el hecho de no aceptar la posición de los recurrentes sobre la naturaleza jurídica del “otro sí” y en especial para encasillarlo en la categoría de adición del contrato o contrato adicional como hacen otras secciones en el marco de sus especialidades no implica que el sistema jurídico sea incoherente; por el contrario, aquel da cuenta no solo de una lectura con efecto útil de las inhabilidades, sino de la autonomía del derecho electoral que impone examinar las restricciones de acceso a los cargos públicos bajo la óptica del principio *pro electoratem*.

Así las cosas, la Sección estima que para no divagar, en cada caso, respecto a cuál es la naturaleza jurídica de una modificación al contrato, con el objetivo de garantizar la objetividad en el régimen de inhabilidades y sobre todo para no perder de vista la finalidad que estatuyó el legislador al establecer esta prohibición es que justamente debe concluirse que, **desde la perspectiva electoral toda “prórroga”, “otro sí”, “modificación” “adición”; constituye un contrato o convención en los términos del Código Civil y la Ley 80 de 1993, que de darse los demás elementos para el efecto, consolida la inhabilidad objeto de estudio.**

1. **El contrato en el caso concreto**

Decantado lo anterior, atañe determinar si el demandado celebró o no un contrato estatal dentro del periodo inhabilitante. Sobre el punto obran en el expediente los siguientes medios de convicción relevantes:

* Copia del Decreto Nº 295 de 16 de febrero de 2018 “*por el cual se convoca elecciones para elegir alcalde del distrito Especial, Turístico y Cultura de Cartagena de Indias”* Fl. 43- a 45 del expediente 2018-394
* Copia del Decreto Nº 434 de 6 de marzo de 2018 *“por el cual se modifica el artículo 1º del Decreto 295 de 16 de febrero de 2018”* Fl.46 a 47 del expediente 2018-394.
* Copia del contrato de prestación de servicios profesionales Nº 329 de 2017 suscritos entre el Ministerio de Vivienda y Antonio Quinto Guerra Varela. Fl. 48 a 53 del expediente 2018-394.
* Copia del “otro sí” al contrato de prestación de servicios profesionales Nº 329 de 2017 suscritos entre el Ministerio de Vivienda y Antonio Quinto Guerra Varela Fl.55 a 56 del expediente 2018-394.
* Informes de actividades desarrolladas en el marco del contrato de prestación de servicios Nº 329 suscritos por Antonio Quinto Guerra Varela F. 59 a 80 del expediente 2018-394.

De la copia del contrato de prestación de servicios N° 329 del 26 de enero de 2017 celebrado entre el Ministerio de Vivienda y el demandado se observa que su objeto, según la cláusula primera era:

*“prestar los servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión 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 Vivienda, Ciudad y Territorio”*

Igualmente, en la cláusula segunda se estipularon las obligaciones generales y específicas del contratista así:

*“****SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA*** *para la celebración y ejecución del presente contrato, el CONTRATISTA dará cumplimiento a los derechos y deberes consagrados en los artículos 4º y 5º de la Ley 80 de 1993, en especial se obliga a: OBLIGACIONES ESPECÍFICAS:* ***1*** *Brindar 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.* ***2****. 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 de Bolívar.* ***3.*** *Apoyar la Gestión de los procesos y proponer mecanismos que incentiven la creación de proyectos departamentales en los cuales se integren políticas de inversión conjunta de la Nación, entidades territoriales y otras entidades del sector agua potable y saneamiento básico.* ***4****. Participar en las reuniones, convocatorias y eventos, a los cuales sea designado por parte del supervisor y reportar los resultados y acuerdos de los mismos, en los formatos aprobados.* ***OBLIGACIONES GENERALES: 1****. Cumplir con los pagos correspondientes al Sistema General de Seguridad Social Integral, de conformidad con lo establecido por la normatividad vigente.* ***2****. Afiliarse a la Administradora de Riesgos Laborales y en su calidad de contratista, cumplir con lo establecido en el Decreto 1072 de 2015.* ***3.*** *Practicarse examen preocupacional anexando el certificado respectivo al MINISTERIO en los términos y oportunidades establecidas en el artículo 2.2.1.2.2.18 Decreto 1072 de 2015.* ***4****. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo definido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.* ***5.*** *Participar en las actividades de prevención y promoción organizadas por la entidad, Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo y lo desarrollado por la Administradora de Riesgos Laborales y en general cumplir con lo establecido en el artículo 2.2.4.2.2.16 del Decreto 1072 de 2015.* ***6****. Desarrollar las actividades y productos materia del contrato bajo los principios, lineamientos y directrices trazadas en el Sistema integrado de Gestión y el modelo estándar de control interno del MINISTERIO.* ***7****. Hacer uso de los formatos establecidos en el sistema integrado de Gestión, ejecutar sus procedimientos y efectuar los registros según corresponda a su actividad contractual.* ***8****. Asistir y participar en los talleres y demos convocatorias del Sistema integrado de Gestión y del modelo estándar de control interno a los que sea convocado y cumplir los acuerdos y tareas que en ellos de determine****. 9.*** *Salvaguardar y responder por los equipos y elementos que le sean asignados para el cumplimiento de sus actividades contractuales.* ***10****. Mantener la reserva y confidencialidad de la información que obtenga como consecuencia de las actividades que desarrolle para el cumplimiento del objeto del contrato.* ***11*** *conocer y acatar lo dispuesto en el manual de contratación del MINISTERIO* ***12****. Informar oportunamente de cualquier petición, amenaza de quien actuando por fuera de la ley pretenda obligarlo a hacer u omitir algún acto u ocultar hechos que afecten les intereses del MINISTERIO.* ***13.*** *Mantener actualizado su domicilio durante la vigencia del contrato y cuatro meses más y presentarse al MINISTERIO en el momento en que se requerido por el mismo para la suscripción del acta de liquidación correspondiente, en caso que aplique.* ***14.*** *Cumplir con el objeto del contrato.* ***15***  *Adelantar oportunamente los trámites y cumplir los requisitos para la ejecución del contrato.* ***16****. Defender en todas sus actuaciones los interese, del MINISTERIO y obrar con lealtad y buena fe en todas las etapas contractuales.* ***17.*** *De ser necesario desplazarse a otras ciudades del país previa aprobación del supervisor.* ***18****. Mantener actualizado en el sistema de Información y Gestión del Empleo Público -SIGEP-, su hoja de vida con los respectivos soportes.* ***19.*** *Informar oportunamente cualquier anomalía o dificultad que advierta en el desarrollo del contrato v proponer alternativas de solución a las Mismas.* ***20****. Atender las peticiones y/o Consultas que le indique el supervisor y se relacionen con el objeto del contrato.* ***21****. Asistir y participar en los comités, incluidos los de evaluación de propuestas, reuniones, talleres, juntas y demás eventos que le indique el supervisor y se relacionen con el objeto del contrato.* ***22.*** *Utilizar la herramienta de Gestión Documental GESDOC-BIZAGY para gestionar, tramitar y controlar la correspondencia que le sea asignada, en medio físico y/o electrónico y realizar todas las actividades definidas en la misma para el proceso de Gestión Documental dentro de los términos legales correspondientes de cada documento.* ***23.*** *Las demás que determine el supervisor y que se relacionen con su objeto contractual.* ***24.*** *Conocer y aplicar lo dispuesto en la política Anti soborno del MINISTERIO.”*

Asimismo, este documento señala que se suscribió por las partes el día 26 de enero de 2017. Un esquema evidenciará las aristas del contrato estudiado:

|  |  |
| --- | --- |
| **SECUENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 329 DE 2017** | |
| **CONTRATO** | **OTRO SÍ** |
| **OBJETO DEL CONTRATO**: servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión 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 | **OBJETO DEL OTRO SÍ:** servicios profesionales para apoyar jurídicamente en los procesos de gestión 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 |
| **PLAZO DEL CONTRATO:** Nueve meses del 26 de enero al 31 de octubre de 2017. | **PLAZO OTRO SÍ:** Dos meses, del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2017 |
| **VALOR CONTRATO**: Noventa y Un Millones Trescientos Treinta y Tres Mil Trescientos Treinta y Tres Pesos. $91.333.333. | **VALOR OTRO SÍ**: Veinte Millones de Pesos. $20.000.000. |
| **OBLIGACIONES DEL CONTRATO:** Entre otras la de entregar un informe de avance del contrato cada mes, es decir diez informes durante la duración del contrato. | **OBLIGACIONES DEL OTRO SÍ**: se adicionó a la obligación de la entrega de informes dos (2) informes más, es decir que al final del contrato se debió entregar doce (12) informes. |

Conforme a lo expuesto, la Sala concluye, sin lugar a duda, que el contrato Nº 329 de 2017 se celebró por fuera del periodo inhabilitante si se tiene en cuenta que, como se explicó, este estuvo comprendido entre el 6 de mayo de 2017 y el 6 de mayo de 2018.

Sin embargo, no puede perderse de vista que en el expediente también obra copia del *“otro sí”* al contrato N° 329[[23]](#footnote-23) el cual, a juicio del tribunal, se erigió como un verdadero contrato que tiene la potencialidad de configurar la prohibición objeto de estudio. En contraste, para los recurrentes, en términos generales, aquel debe entenderse como: i) un mero acto de ejecución que escapa al ámbito de aplicación de la inhabilidad y ii) una mera adición al contrato del 26 de enero de 2017 cuya suscripción no es relevante, habida cuenta que no se erigió como un nuevo contrato estatal.

Para determinar cuál de estas posiciones debe privilegiarse, lo primero que debe recordarse es que según la jurisprudencia del Consejo de Estado la conducta que materializa la prohibición estudiada es la de celebración del contrato dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección, es decir, debe existir “celebración” de contratos; actuación jurídica que implica “*la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo”[[24]](#footnote-24).*

En otras palabras, el verbo rector de la conducta proscrita es “celebrar” de forma que solo esa actividad conllevará a la materialización de la inhabilidad objeto de estudio.

Lo anterior quiere decir que para que se entienda configurado el evento previsto en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 debe acreditarse que se concretó un negocio jurídico estatal, y eso es precisamente lo que corresponde establecer a esta Sala, determinar si el “otro sí” es un negocio jurídico estatal en los términos de la inhabilidad descrita.

Según consta en el folio 55 a 56 del expediente 2018-394, el 30 de octubre de 2017 entre el señor Antonio Quinto Guerra Varela y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio se suscribió un denominado “otro sí” al contrato de prestación de servicios 329 a través del cual se pactó lo siguiente:

**(i)** Se amplió el plazo de ejecución del contrato del 30 de octubre de 2017 al 31 de diciembre de esa misma anualidad;

**(ii)** El valor del contrato que se aumentó en 20 millones de forma que el valor de este, que ya no sería de 99 millones de pesos como se había previsto, sino de $111.333.333 millones en total y

**(iii)** Se variaron lasobligaciones del contratista, especialmente en la cláusula novena. En efecto, en el negocio jurídico del 26 de enero de 2017 se estipuló que:

*“****NOVENA: INFORMES:*** *el contratista se obliga a presentar por escrito los informes que solicite el ministerio a través del supervisor del presente contrato. Sin perjuicio de lo anterior, el contratista deberá presentar a satisfacción del supervisor un (1) informe mensual de avance en el que se relacionen los avances el objeto contractual para un total de diez (10) informes (…)”[[25]](#footnote-25)*

En tanto en el *“otro sí”* del 30 de octubre de 2017 se previó en la cláusula cuarta que:

*“****CUARTA: INFORMES*** *modificar la cláusula novena del contrato en el sentido de adicionar dos (2) informes más, para un total de doce (12) informes”[[26]](#footnote-26)*

Igualmente, en dicho documento consta que la suscripción de un “otro sí” se sustentó en que el supervisor del contrato alegó que *“para extender la consecución de los objetivos departamental del Ministerio, específicamente los que se encuentran a cargo del viceministerio de agua y saneamiento básico se requiere dar continuidad a los servicios profesionales de la persona encargada de apoyar tanto el seguimiento a plenas, programas, estrategias y políticas como jurídicamente las necesidades que surjan en materia de agua potable y saneamiento básico en el departamento de Bolívar.”[[27]](#footnote-27)*

Conforme a estas pruebas, la Sala considera que el “otro sí” de 30 de octubre de 2017 sí se erige como un vínculo negocial constitutivo de la inhabilidad objeto de estudio.

Lo anterior, comoquiera que en el caso concreto está demostrado que el 30 de octubre de 2017 entre el demandado y el Ministerio de Vivienda se realizó un nuevo acuerdo de voluntades que materializa la inhabilidad objeto de estudio, pues si acudimos al verbo “celebrar” es claro que el señor Guerra Varela celebró una nueva convención con la citada cartera ministerial, que lo hace estar incurso en la inhabilidad objeto de estudio.

En efecto, a través del “otro sí” el demandado acordó con el Ministerio de Vivienda prestar sus servicios profesionales en la gestión de los proyectos de acueducto y saneamiento básico en el departamento de Bolívar.

Nótese como en este caso se presentan **todos** los elementos propios de un contrato, habida cuenta que hay un acuerdo de voluntades en el que una parte [el señor Guerra Varela] se obliga con otra [Ministerio de Vivienda] a hacer una cosa [prestar servicios profesionales por dos meses ]; luego contrario a lo asegurado por la parte recurrente, el “otro sí” constituye una verdadera convención cuya celebración o suscripción dentro del periodo inhabilitante deriva en la configuración irrefutable de la conducta proscrita en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 134 de 1994.

A esto debe añadirse que ese “otro sí” puede entenderse como un nuevo contrato, habida cuenta que hay consenso entre las partes sobre todos los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios, esto es, acuerdo sobre la labor contratada, el plazo en el que dicha labor se debe ejecutar y el valor de la misma.

A la misma conclusión se arriba si dicho documento se contrasta con la definición dada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1992 ya que, si se tiene en cuenta que contrato estatal es todo acto jurídico que genera obligaciones no cabe duda que el “otro sí” tiene tal carácter, comoquiera que a través de él el demandado se obligó con el Ministerio de Vivienda a prestar sus servicios profesionales, esto es, se obligó a realizar determinada actividad.

Debe resaltarse que el hecho de que el supervisor haya sustentado la necesidad de suscribir el “otro sí” no puede entenderse como un ejercicio de la potestad unilateral de modificación del contrato al punto que deba sostenerse que no hubo celebración de contrato o que esta no fue bilateral.

Lo anterior, porque de las pruebas no se desprende que la suscripción del “otro sí” se haya hecho contra la voluntad del demandado o en ejercicio de dicha cláusula exorbitante. Por el contrario, lo que los citados medios de convicción demuestran es que se celebró de forma libre y voluntaria un negocio jurídico por medio del cual el señor Guerra Varela se obligó con el Estado, a cambio de una contraprestación monetaria, a prestar sus servicios profesionales por los meses de octubre a diciembre de 2017.

En otras palabras, si se entiende que la “tipicidad” de la inhabilidad se limita a celebrar, no cabe duda que esta fue la conducta que precisamente se materializó con la suscripción de un acuerdo de voluntades en el que el demandado se obligó con el Ministerio de Vivienda a prestar servicios profesionales.

Bajo las consideraciones que preceden, la Sala concuerda con el tribunal de primera instancia y concluye que el *“otro sí”* del 30 de octubre de 2017 se erige como un negocio jurídico que tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad objeto de estudio, habida cuenta que se entiende como un acto jurídico generador de obligaciones que al celebrarse con el Estado dentro del periodo inhabilitante tenía la potencialidad de generar a favor del demandado una clara ventaja electoral sobre los demás candidatos.

Por supuesto, no escapa a la Sala que para los recurrentes la anterior conclusión no es acertada debido a que el caso debe necesariamente resolverse atendiendo a la distinción entre “contrato adicional” y “adición del contrato”. No obstante, como se explicará a continuación sus argumentos no están llamados a prosperar:

1. **La distinción entre precedente y jurisprudencia: En el caso concreto no existía precedente**

Tanto el demandado como el CNE fundamentan su recurso en el hecho de que la jurisprudencia diferencia entre las figuras de contrato adicional y adición del contrato, de forma que, a su juicio, tan solo la primera de ellas puede materializar la inhabilidad, en tanto la mera adición se entiende como una extensión del contrato principal.

Para sustentar su posición citaron varias sentencias de la Seccion Tercera en donde se han definido estos conceptos, así como de la Sección Primera e incluso de la Sección Quinta en donde se ha aludido a tales figuras y de las cuales concluyeron que debe hacerse tal distinción en el caso concreto. Es decir, implícitamente los recurrentes sostienen que existe un “precedente”que obliga a la Sección a resolver el caso concreto conforme a estas distinciones.

No cabe duda que el Consejo de Estado, como órgano supremo de lo contencioso administrativo profiere una alta producción de providencia judiciales. Sin embargo, no puede perderse de vista que existe cierto consenso en el ordenamiento jurídico en que no toda providencia judicial puede ser tenida como un precedente ni que todas tienen el mismo carácter vinculante. En efecto, de la correcta aplicación del artículo 230 de la Carta Política se ha diferenciado entre los términos de precedente y jurisprudencia y se ha explicado que solo el primero de ellos es vinculante para los jueces.

En efecto, según esta Sala **precedente** *“…es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido”.*

En otras palabras, el precedente puede entenderse como aquella función o competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de reglas y sub reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico y que son vinculantes, ejercida a partir de su función interpretativa, es decir, el precedente es una decisión judicial que tiene el reconocimiento de una auténtica fuente de derecho.

En el precedente, basta que se fije una regla o subregla de derecho, es decir, un marco jurídico que desde el momento en que se expresa, empezará a integrar el ordenamiento jurídico. Por ello, solamente las altas cortes tienen la competencia para generar precedentes. En otros términos, ni los tribunales o jueces pueden crear reglas de derecho que hagan parte del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, para que exista basta una decisión que fije una regla o subregla para que sea obligatoria y vinculante.

Así pues,las decisiones de las altas cortes que crean reglas de derecho y cumplen con el criterio de positivización, tienen ciertas características:

* En primer lugar, las reglas o subreglas de derecho se expresan en la *ratio decidendi* de la decisión.
* En segundo lugar, las reglas o subreglas de derecho son vinculantes para todos los jueces de la república y de obligatorio cumplimiento.

Por su parte, **la jurisprudencia**, solo es concebida como un criterio auxiliar de la actividad judicial y su característica fundamental consiste en que en tales decisiones **no se crean reglas o subreglas, sino que se aplican las existentes en el ordenamiento jurídico.** En otros términos, el contenido de las decisiones jurisprudenciales consiste en la función de aplicación del derecho vigente, de tal manera que en tales decisiones se encuentran un trabajo, primordialmente, de valoración probatoria o de subsunción a fuentes de derecho.

En consecuencia, en la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico ya está establecido, de tal forma que las reglas o subreglas a aplicar ya están definidas. En principio, existe un ordenamiento jurídico claro a aplicar, y por ello, en este tipo de decisiones, el debate girará en torno a la valoración probatoria para establecer los hechos probados. Una vez se tienen los hechos probados, la tarea consiste en aplicar o subsumir los hechos a la regla o subregla ya existente y adoptar la decisión que surja de tal actividad valorativa.

Así las cosas, no cabe duda que solo el precedente es obligatorio para los jueces, es decir, solo las providencias en las que en la *ratio decidendi* se fijen subreglas de derecho serán vinculantes e impondrán resolver casos análogos conforme a dichas reglas fijadas.

Lo anterior se explica en razón de la función unificadora que tienen los órganos de cierre que brindan coherencia al sistema jurídico al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de unificación por el órgano competente, los jueces pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

En este contexto, es claro que las posturas jurisprudenciales a las que aluden los recurrentes y en los que la Sección hizo uso del criterio de adición del contrato y contrato adicional **no constituyen un precedente que sea vinculante para la misma,** toda vez que en ellas **no** se fijó una regla o sub regla de derecho en la que se impusiera resolver la inhabilidad conforme a la distinción antes anotada.

Así, aunque existen varias sentencias en las que se usó las figuras de “adición al contrato” y “contrato adicional” para determinar cuándo se podría configurar la inhabilidad objeto de estudio, lo cierto es que aquellas solo adquieren el carácter de jurisprudencia, pero **no** de precedente comoquiera que en **ninguna de ellas** ni se fijó una regla o subregla para examinar la inhabilidad del contrato, ni se analizó esa prohibición desde la perspectiva del derecho electoral, esto es, donde tiene prelación el derecho del electorado y no únicamente los del elegido.

Para sustentar esta premisa es necesario examinar las sentencias proferidas por la Sección Quinta al respecto. Veamos:

* **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de octubre de 1995, radicación 1438 Ddo: Alcalde del Banco (Magdalena):** En ese año, la Sala examinó si un *“acta de compensación de obra”* daba lugar a la inhabilidad de celebración de contratos y concluyó que esta no constituía un contrato, ni un contrato adicional, toda vez que mediante esta se *“hicieron obras que estaban presupuestadas en menor cantidad bien por extensión, por número de unidades y en su lugar se dejaran de realizar otras que aparecían en las condiciones originales de la contratación.”*
* **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de mayo de 2004, radicación 44001-23-31-000-2003-0872-01 Ddo: Concejal de municipio de Fonseca.** En esta oportunidad, se analizó el caso de una concejal del municipio de Fonseca (Guajira) que en el mes de julio de 2003 celebró un contrato que, a juicio de la demandada, no configuraba la inhabilidad porque era “era una mera modificación” al contrato que había celebrado en mayo de 2002.

Para resolver el caso, la Sección del año 2004 señaló que el *“contrato adicional celebrado por el candidato dentro del año anterior a su elección, solamente será inhabilitante en la medida que se ocupe de adiciones al objeto del contrato”* y concluyó que el contrato de 2003 sí era un contrato, habida cuenta que introdujo una modificación sustancial al objeto del inicialmente acordado, pues incluyó obras nuevas, así como cantidades de obra nueva, y por consiguiente, el elemento objetivo de la inhabilidad sí estaba acreditado, lo que impuso confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado.

* **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, radicación .Ddo: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo**. El caso era el siguiente el demandado celebró el 2 de abril de 2002 contrato de prestación de servicios por el INPEC para prestar sus servicios como odontólogo por el lapso de nueve meses. El 24 de diciembre de 2002 las partes acordaron “prorrogar” el contrato por un mes más.

En este contexto y atendiendo a la distinción entre contrato adicional y adición del contrato, la Sección concluyó que no era posible que dicho negocio jurídico fuera prorrogado, pues no estaban dados los elementos para ello, razón por la que lo acordado en diciembre de 2002 debía entenderse como un nuevo contrato, razón por la que se revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declaró la nulidad del acto acusado.

* **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de diciembre de 2008, radicación: 15001-23-31-000-2008-00062-01 .Ddo: Concejal de Sogamoso:** El demandado, en su calidad de miembro de comerciantes mayoristas de frutas y verduras del oriente colombiano, COMAFRUVES el 27 de enero de 2006 celebró el contrato de arrendamiento con el Municipio de Sogamoso, el cual fue prorrogado el 19 de enero de 2007 y el 16 julio de 2007, para los demandantes los citados contratos configuran la inhabilidad. Sin embargo, la Sección simplemente concluyó que la prórroga hacia parte de una etapa posterior a la celebración del contrato, razón por la que estas no materializaban la inhabilidad.
* **Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación 66001-23-33-000-2015-00475-01 Ddo. Carolina Giraldo Botero como Concejal de Pereira**: En esa oportunidad, se analizó el caso de una concejal que el 20 de enero de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios con el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira por el termino de 10 meses. Y el 26 de noviembre de 2016 fue prorrogado por 20 días más.

En esta ocasión no se hizo uso de la distinción entre contrato adicional o adición de contrato, sino que simplemente se concluyó que la *“prórroga materializa un acuerdo de voluntades frente a el plazo de un contrato ya existente, sin que en sí misma materialice un contrato autónomo, pues aisladamente una cláusula de extensión de plazo no hace contrato*.”, razón por la que se confirmó la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

Como puede observarse dichas providencias **NO constituyen precedente, debido a que no contienen una regla de derecho aplicable a situaciones similares,** sino que simplemente resolvieron los casos sometidos a consideración de la Sección en forma particular y concreta. En efecto, en ninguna de ellas se analizó desde la perspectiva de la inhabilidad los casos objeto de estudio, toda vez que simplemente se tomaron las reglas existentes en el ordenamiento jurídico y las subsumieron según los hechos probados en cada caso, pero no crearon en su *ratio decidendi* ninguna regla aplicable a futuro.

Es claro que en su *ratio* ninguna de las providencias anotadas concluyó que la única forma de analizar el contrato estatal era bajo las figuras a las que aluden los recurrentes, ni muchos se positivizó una regla respecto a cómo decidir este tipo de situaciones.

Así, es claro que los fallos referenciados **no** crearon una regla de derecho, sino que simplemente con fundamento en la distinción entre “contrato adicional” y “adición al contrato” analizaron cada caso para establecer si el negocio jurídico examinado encajaba en una u otra definición, pero **no fijaron una regla obligatoria**, pues incluso en varios de estos se reconoce que no existe consenso respecto a los elementos definitorios de una u otra categoría. Por el contrario, se insiste, como quedó expuesto del resumen expuesto, la Sala examinó el caso concreto conforme al ordenamiento jurídico aplicable y subsumió las circunstancias fácticas a esas premisas.

En efecto, tal y como quedó expuesto, si se revisan tales sentencias se observa que aquellas no contienen una *ratio decidendi* vinculante, pues simplemente examinaron el caso concreto con la distinción antes anotada. No de otra manera se explica que, según las consideraciones particulares de cada caso, se haya arribado a conclusiones diferentes, utilizando los conceptos de adición y contrato adicional.

Por ello, así como en la sentencia del 20 de mayo de 2004 se concluyó que la inhabilidad estaba materializada porque con la adición se modificó el objeto del contrato, en la del 26 de enero de 2006 se coligió que la ampliación de un plazo en contrato de prestación de servicios, aspectos que en principio y según la definición de adición no modificaba el objeto, para ese caso particular y concreto sí constituía un nuevo negocio jurídico.

Todo lo anterior da cuenta no solo que **no** existe una postura uniforme y unívoca respecto a cómo debe resolverse este tipo de casos, sino que, además, que en las citadas providencias no se fijaron reglas de derecho que reconocieran desde la perspectiva de la inhabilidad los alcances de un “*otro sí”,* sino que, conforme a las reglas del derecho contractual, esto es, reglas previamente definidas por el ordenamiento jurídico se procedió a la resolución del caso concreto.

En efecto, ningún caso examinó la inhabilidad de celebración de contratos desde su perspectiva finalística o se analizaron los derechos del electorado con la suscripción de una modificación, tampoco se estudió que implicaciones tenía para el derecho electoral las variaciones al contrato estatal, es decir, dicho tema no se ha analizado desde la perspectiva de la inhabilidad, razón por la que aquellas no pueden constituir precedente en los términos antes expuestos.

Así pues, como las providencias judiciales que los recurrentes invocan como desconocidas **no** constituyen precedente, no cabe duda que ni el Tribunal ni la Sección estaban obligados a resolver el caso conforme a esos parámetros.

Esta conclusión es fundamental, porque significa que no existía ninguna fuerza vinculante en tales decisiones queobligara a la Sala a estudiar el caso desde la perspectiva llana del contrato y obviando la óptica pura del derecho electoral y finalística de la inhabilidad, es decir, no existía obligación de acudir a las distinciones entre adición del contrato y contrato adicional para examinar el caso sometido a consideración de la Sección y del Tribunal de Bolívar.

Ahora bien, aunque eventualmente podría afirmarse que el demandado tenía la expectativa legítima de que su caso se resolviera conforme a la distinción entre “adición del contrato” y contrato adicional, lo cierto es que no puede hablarse de confianza legítima, comoquiera que esta presupone necesariamente la existencia de un precedente y no de mera jurisprudencia.

En efecto, la confianza legítima nace del derecho de los ciudadanos a que se protejan sus expectativas legítimas frente a la interpretación y aplicación razonable, consistente y uniforme de la ley por parte de los jueces, sin que aquello implique que se le exija al juez autónomo e independiente que falle de igual forma como su homólogo. Es decir, la prerrogativa de que las autoridades judiciales no se aparten de los precedentes judiciales.

Sin embargo, esta no es automática; por el contrario, para predicar su existencia se necesita acreditar[[28]](#footnote-28):

* **La existencia de una base objetiva de la confianza.** Al respecto, indican Sylvia Calmes y Pierre Pescatore, que para lograr identificar una situación de confianza protegible, es necesario que existan unos signos externos de carácter concluyente que sirvan de *“base de la confianza”* y tengan la capacidad de generar expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados.

Es por tanto indefectible que se corroboren *“hechos concluyentes que por su claridad y contundencia permiten inferir, por una parte, la existencia de una voluntad tácita de la administración destinada a producir un efecto jurídico determinado, y por otra, el otorgamiento de la confianza por parte del destinatario de dicha representación”*.

* **Legitimidad de la confianza.** Se refiere a aquello que es justo, genuino y verdadero, es decir, aquello que se ajusta al derecho o a la razón. Sumado a lo anterior, la legitimidad comporta una idea de justificación, entonces, al referirse a confianza legítima se habla de confianza justificada, al sustentarse en circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan.
* **La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza.** Este elemento implica que la confianza fundada en los signos externos manifestados por el Estado, tiene la fuerza suficiente para que el confiante despliegue u omita una conducta que ponga de manifiesto su confianza ante el actuar estatal.
* **La defraudación de la confianza legítima:** La defraudación consiste en una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que genera *“una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados”*[[29]](#footnote-29)*.*

Especialmente, el primero de estos elementos no se satisface en el caso concreto, habida cuenta que no existe una base para la confianza legítima, debido a que, como se explicó, no existía ningún precedente que fuera vinculante para la Sección, esto es, no existía ninguna regla de derecho que fuera aplicable al caso concreto y que impusiera resolverlo de determinada manera. En efecto, no preexistía nada en el ordenamiento jurídico con suficiente fuerza vinculante que permitiera concluir que el “otro sí” debía ser encajado dentro de una mera adición del contrato o una simple prorroga del mismo.

Así pues, como en el caso concreto **no existe ningún precedente** respecto a cómo debe examinarse la inhabilidad estudiada cuando el contrato fue objeto de “otro sí”, no existe derecho a la confianza legítima a proteger, y por ende, es plenamente viable examinar dicho negocio jurídico desde la perspectiva de la inhabilidad.

Del hecho de que no exista ningún precedente se descartan los demás elementos de la confianza legítima antes anotados, pues no puede predicarse un actuar con fundamento en determinada posición si, como se explicó, dicha posición es inexistente. Esta circunstancia, descarta de suyo, la existencia de legitimidad de la confianza, respecto de lo que se esperaba de la administración, ya que al no existir precedente no puede asegurarse que se esperaba determinado actuar por parte de los jueces.

Tampoco puede asegurarse que hubiese consenso respecto de la habilitación del señor Guerra Varela para desempeñarse como alcalde. De hecho, desde el momento mismo de la inscripción de la candidatura del demandado a la alcaldía de Cartagena fue puesta entre dicho por la ciudadanía, precisamente porque muchos consideraron que en virtud del contrato celebrado el demandado no estaba habilitado para desempeñar el cargo de alcalde distrital.

En efecto, no puede perderse de vista que la misma Procuraduría General de la Nación, así como varios ciudadanos, solicitaron ante el CNE la revocatoria de la inscripción de la candidatura con fundamento en argumentos similares a la demanda, en los cuales incluso se intentó ampliar el ámbito de aplicación de la inhabilidad, y por ello, esta petición se negó[[30]](#footnote-30). Esta situación evidencia que no puede predicarse la existencia de ninguna clase de confianza, pues la habilitación del demandado para desempeñarse en el cargo de alcalde siempre estuvo en duda.

Con fundamento en lo anterior debe concluirse que: i) no existe un precedente vinculante para Sección en lo que atañe a cómo debe resolverse la inhabilidad de celebración de contratos cuando este ha sufrido algún tipo de variación; en consecuencia, la Sala Electoral puede y debe examinar dicha restricción desde la perspectiva de la finalidad con la que fue instituida; ii) al no existir precedente, tampoco puede hablarse de confianza legítima, máxime cuando se explicó no existía una regla clara para resolver el caso concreto y iii) al no existir ni precedente, ni confianza legítima no es necesario acudir a la figura de jurisprudencia anunciada, puesto que en esta providencia la Seccion no está modificando o variando ninguna regla previamente definida.

De lo expuesto puede la Sala colegir que no existe en la sentencia de primera instancia ningún vicio por desconocimiento del precedente, pues se insiste no se puede asegurar que se desconocieron sentencias vinculantes para el juez, cuando lo cierto es que aquellas no tenían tal carácter.

1. **La distinción propuesta viola el régimen objetivo de inhabilidades.**

Para los recurrentes en garantía del derecho del elegido debe hacerse uso de las categorías del derecho contractual de “contrato adicional” y “adición del contrato”. Sin embargo, además de lo ya expuesto, debe señalarse que ello no es posible ya que dicha distinción lejos de proporcionar un examen certero respecto de cuando se configura la inhabilidad, subjetiviza el régimen de inhabilidades, comoquiera que estará en cabeza del juez establecer, en cada caso, si dadas las condiciones particulares del contrato se trata de una adición o de un contrato adicional llevando a conclusiones distintas y encontradas.

En efecto, al no existir una sub regla clara al respecto ha sido el operador judicial el que se ha encargado de señalar, según las aristas del caso concreto, cuando esta se materializa o no, lo que en la práctica significa no solo entregar un amplio margen al juez, sino, además, negar que el régimen es objetivo y, por consiguiente, no está sujeto a condiciones particulares para enervarlo o desparecerlo.

La distinción entre contrato adicional y adición del contrato para examinar cuando una “modificación” constituye un contrato introduce elementos subjetivos a la causal de inhabilidad al punto de tornarla inoperante para los precisos efectos que el legislador pretendió salvaguardar.

En efecto, bajo los citados parámetros para establecer si la prohibición se materializó, el juez electoral debe preguntarse ¿cuándo se entiende que hay cambio en el objeto contractual? ¿Con la modificación de una, dos tres o cuatro clausulas? ¿Deben modificarse todas las obligaciones para hablar de un contrato adicional? ¿Qué sucede cuando el objeto del contrato es tan amplio que no es claro cuando este se modifica sustancialmente? ¿Qué clase de obligaciones deben variarse para entender que hubo un nuevo negocio jurídico?

Todos estos cuestionamientos que surgen alrededor de la distinción propuesta por los recurrentes lo que hacen es subjetivizar la inhabilidad, pues está ya no dependerá de elementos objetivos y claramente diferenciables e identificables, sino de lo que cada operador jurídico entienda como una modificación capaz de constituir un nuevo contrato; circunstancia que de suyo desconoce que el régimen de inhabilidades es objetivo[[31]](#footnote-31) y, por ende, no está sujeto a aspectos particulares o subjetivos tales como la tipología de los contratos, u otros asuntos propios del derecho contractual que en nada tocan con el derecho electoral.

Así pues, contrario a lo asegurado por los apelantes, abandonar esta distinción lejos de impedir que los candidatos puedan efectivamente precaver la materialización de inhabilidad, lo que genera precisamente es **reglas objetivas** respecto al acaecimiento de la inhabilidad toda vez que, sin importar el nombre que quiera dársele, toda modificación al contrato estatal suscrita dentro del periodo inhabilitante se erige como un acuerdo de voluntades, y por ende, como un contrato en los términos antes señalados.

A lo expuesto debe añadirse que la distinción a la que alude el recurrente no es univoca ni absoluta, así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C -300 de 2012 en la que al resolver sobre la demanda contra un artículo que permitía la adición de un contrato estatal coligió:

*“El arribo a esta conclusión no es una tarea sencilla, pues existen múltiples discrepancias al respecto en la* ***doctrina*** *y la* ***jurisprudencia,*** *particularmente en torno a si las adiciones y prórrogas de los contratos estatales son parte del contrato principal o representan en realidad nuevos negocios jurídicos.” (Resalta la Sala)*

Por ende, no es cierto como aduce el recurrente que la naturaleza del “otro sí” solo responda a las categorías de adición y contrato adicional, pues ni siquiera existe consenso respecto a cuándo debe entenderse que estas “modificaciones” hacen parte del contrato primigenio o se tratan de nuevos negocios jurídicos.

En este contexto, carecen de vocación de prosperidad los reproches de los recurrentes en este sentido, según los cuales la sentencia de primera instancia erró al no encasillar el “otro sí” en la categoría de adición del contrato, pues lo cierto es que dicho “otro sí” podía y debía analizarse desde la perspectiva de la finalidad de la inhabilidad.

1. **Sobre la supuesta violación al carácter restrictivo de la inhabilidad**

Para los recurrentes no es posible realizar un análisis desde la perspectiva de la finalidad de la inhabilidad, comoquiera que con él se desconocen los tratados de derechos humanos que garantizan el derecho a elegir y ser elegido y se permite hacer una interpretación amplia de la inhabilidad.

Sin embargo, ello no es así, comoquiera que, de un lado, el derecho electoral no solo es el derecho del elegido, sino es sobre todo el derecho del electorado de que la contienda se lleve a cabo con garantía de los principios en los que se sustenta el sistema democrático, y en especial de la igualdad entre los candidatos, y de otro, analizar la inhabilidad desde una perspectiva finalística o con efecto útil no implica, per se, ampliar el ámbito de aplicación de la inhabilidad.

Frente al primer punto debe recordarse que el derecho electoral es una rama autónoma del derecho e incluso del derecho administrativo que da cuenta de la función electoral. En efecto, esta Sección ha establecido:

*“El acto electoral popular, entendido como la materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral, tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, cuyo origen reside en el ejercicio de la función administrativa. Para explicar esta diferencia, se requiere inicialmente distinguir la función electoral de la administrativa.*

*La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros.*

*En ese sentido, si bien se puede entender que una es subespecie de la otra, los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa, pues si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello pueden ser catalogados como idénticos. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de dicha función.”[[32]](#footnote-32)*

En este contexto es claro, que desde la perspectiva del derecho electoral no solo tienen cabida los derechos políticos del elegido, sino sobre todo los derechos del electorado o los sufragantes a que los comicios se realicen de forma igualitaria para todos los candidatos. Por ello, al examinar la inhabilidad no solo tienen cabida esos derechos del elegido, sino que entran en juego todos aquellos principios en los que se sustenta la función electoral y que tienen tanto o más valor que los derechos subjetivos y políticos de quien resultó electo.

Frente al segundo aspecto debe señalarse que una interpretación restrictiva no significa interpretación favorable al demandado incluyendo en la inhabilidad excepciones que no están previstas en la ley, tampoco significa restar efecto útil a la prohibición a efectos de dar prevalencia a los derechos del elegido. Por el contrario, interpretación restrictiva implica examinar la inhabilidad estrictamente, pero sin perder de vista la finalidad con la que el legislador o el constituyente, según el caso, la instauró.

Ahora bien, usualmente se ha entendido que la interpretación restrictiva propia del régimen de inhabilidades se equipara a interpretación literal o exegética. Sin embargo, desde el año 2014 esta Sección explicó que:

*“Lo cierto es que* ***interpretación restrictiva no es sinónimo de interpretación literal****[[33]](#footnote-33). En efecto, la primera de ellas tiene como objeto limitar el alcance del intérprete y su objetivo es aplicar cierta disposición a un determinado caso concreto. Por su parte, la interpretación literal tiene como finalidad ceñirse únicamente al sentido lato de las expresiones, esto significa que el juez solo puede derivar de las signos lingüísticos en las en las cuales las normas se expresan, su sentido o significado común sin entrar a realizar mayores razonamientos. Así pues aquel que usa el método exegético para interpretar, bajo ciertas situaciones, no sabe si privilegiar la literalidad o escoger un sentido de la norma que vaya acorde al contexto en el que aquella está contenida.[[34]](#footnote-34)*

*De lo expuesto se ve con claridad que la interpretación restrictiva no es equivalente a interpretación literal o exegética, pues estas tienen objetivos y finalidades disimiles. Por ello, no puede la Sección afirmar que una interpretación restrictiva solo se satisface mediante el uso de la exegesis, porque la interpretación restrictiva que permea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no implica entender que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones o que el juez solamente este obligado al tenor literal de la misma.”[[35]](#footnote-35)*

Conforme con lo expuesto es claro que contrario a lo sugerido por los recurrentes una interpretación restrictiva no implica que el juez no pueda analizar las inhabilidades de desde la perspectiva finalística; por el contrario, es su deber interpretar restrictivamente, pero sin que ello implique perder de vista el propósito con el que la inhabilidad fue instaurada.

Así pues el hecho de que el tribunal haya acudido a dicho criterio para examinar la naturaleza jurídica del “otro sí” del 30 de octubre de 2017 no significa que se haya desconocido el carácter restrictivo de la inhabilidad al punto que amerite revocar la sentencia de primera instancia, máxime cuando en el caso concreto está acreditado que el “otro sí” fue un acuerdo de voluntades a través del cual el demandado **pactó** con el Ministerio de Vivienda continuar prestando sus servicios profesionales en la gestión de los proyectos de acueducto y saneamiento básico.

En este contexto es claro que no es cierto, tal y como lo proponen los recurrentes, que la única manera de salvaguardar el derecho del electorado sea dándole efectividad a la posición mayoritaria que votó por el señor Guerra Varela, pues no se puede desconocer la inhabilidad so pretexto de garantizar el principio mayoritario.

De hecho, la interpretación restrictiva implica que no se puede ampliar el contrato a aspectos que no fueron previstos por el legislador, es decir, no puede acudirse a la distinción propuesta por los recurrentes, porque la inhabilidad solo habla del contrato y no que solo un contrato adicional configura dicha prohibición.

En este sentido, debe advertirse que la interpretación restrictiva implica necesariamente **excluir** las demás figuras que pretendan crear una excepción que no fue prevista por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la restricción implica que no se puede acudir a las categorías propias del derecho contractual para examinar una inhabilidad.

No puede perderse de vista que las inhabilidades se consagraron como herramientas de restricción de acceso a los cargos, y por ende, su hermenéutica restrictiva implica examinarlas con los elementos propios del derecho electoral sin hacer uso de figuras propias de otras ramas del derecho; por ello, los problemas propios del derecho contractual en relación con las figuras de adición y contrato adicional **no pueden extrapolarse a la interpretación de la inhabilidad que, además, se interpreta de manera objetiva.**

En consecuencia, en el marco de la inhabilidad de celebración de contratos debe examinarse si hay contrato estatal o no en sus términos llanos y latos, no acudiendo a categorías que ni siquiera en el derecho contractual son unívocas o pacíficas.

Tampoco es cierto que del texto de la inhabilidad objeto de estudio se desprenda que para examinar su acaecimiento haya que recurrir a la distinción entre contrato adicional y adición del contrato. De hecho, el numeral 3º del artículo 195 de la Ley 134 de 1994 solo hace alusión al concepto de *“contrato*” el cual como se explicó se contrae al acuerdo de voluntades a través del cual una persona se obliga con otra, es decir, contrario a lo asegurado por los apelantes no se establece que solo el contrato adicional se entiende como constitutivo de contrato.

Si esto es así, no es cierto que deba recurrirse a esas distinciones para establecer cuando hay un contrato en los términos de la inhabilidad citada, pues basta comprobar que existe un contrato con una entidad pública de cualquier nivel para entender que este aspecto se acreditó.

Aceptar un razonamiento contrario, consentiría en restar a la inhabilidad su efecto útil, pues a través del “otro sí” o cualquier modificación al contrato se puede dar notoriedad al contratista frente al electorado, pero evadiendo la finalidad de la prohibición bajo la egida de que esa modificación no constituye convención. Esta hermenéutica lejos de garantizar los postulados constitucionales del derecho electoral los transgrede, porque genera desequilibrio en la contienda electoral y puede proporcionar ventajas al contratista frente a los demás candidatos.

Se insiste, con el fin de salvaguardar la finalidad prohibición objeto de estudio -desde la óptica de los principios y valores constitucionales que resultaba imperativo proteger- debe colegirse la distinción entre contrato adicional o adición del contrato carece en el derecho electoral de importancia y efecto útil. Lo anterior, porque independientemente que desde la teoría exclusivamente contractual, el negocio jurídico tenga una u otra categoría, lo cierto es que el contratista podría ganar notoriedad frente al electorado, habida cuenta que para este último tal diferencia jurídica ni siquiera existe.

En consecuencia, no es cierto que se haya ampliado la inhabilidad, pues no se está desconociendo el verbo rector de la misma o ampliándolo a los actos de ejecución. En efecto, no se está señalando que como el objeto se desarrolló en el periodo inhabilitante el elemento material está configurado, lo que se está sosteniendo es que ese “otro sí” es un contrato según los términos del Código Civil y de la Ley 80 de 1993 y, por ende, su celebración en el mes de octubre de 2017, es decir en vigencia del lapso inhabilitante, da lugar a entender acreditado el elemento objetivo de la inhabilidad.

En síntesis, examinar las inhabilidades desde su finalidad no viola la interpretación restrictiva propia de esta clase de restricciones, razón por la que este argumento no está llamado a prosperar.

1. **El “otro sí” como acto de ejecución**

La parte demandada sostiene que el “otro sí” es una manifestación de un acto de ejecución del contrato del 26 de enero de 2017. Sin embargo, la Sala no comparte esta apreciación, toda vez que aquel no encaja dentro de la definición de los actos de ejecución del contrato.

En efecto, la ejecución está relacionada con el desarrollo, la realización o la materialización de la labor encomendada; en consecuencia, ejecutar el contrato no es más que realizar el objeto del mismo. Si esto es así es claro que la suscripción de un “otro sí” bajo ningún punto de vista se erige como un acto de ejecución, pues a través de esta figura no se ejecuta o desarrolla el objeto del contrato, sino que se adiciona, aclara o modifica las condiciones del negocio jurídico primigenio.

Así, si se tiene en cuenta que el señor Varela Guerra fue contratado para prestar sus servicios profesionales para apoyar y estructurar políticas públicas en saneamiento básico, no puede asegurarse que firmar *“otro sí”* se entienda como una actividad que desarrolle ese objeto, pues es claro que pactar la ampliación del plazo, el monto del contrato y las obligaciones inherentes al mismo, bajo ninguna óptica es una actividad que dé cuenta de ese apoyo profesional.

Es claro que se erigen como actos de ejecución todos los informes, reuniones y demás que el demandado realizó en ejercicio de la labor que le fue encomendada, pero no el *“otro sí*” que modificó varios aspectos de la relación contractual que tenía con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

En consecuencia, no es viable, tal y como pretenden los recurrentes, dar el carácter de acto de ejecución a la suscripción de “otro sí” ya que, se insiste, no es posible equipar una figura que se creó para aclarar, modificar o añadir con la que da cuenta del desarrollo y efectiva materialización del objeto contratado.

1. **Conclusión sobre el elemento objetivo**

Conforme a las consideraciones que preceden, la Sala encuentra, desde la perspectiva de las inhabilidades, que el denominado *“otro sí”* suscrito entre el demandado y el Ministerio de Vivienda es claramente un acuerdo de voluntades, que independiente del nombre que las partes quieran concederle, materializa la inhabilidad de celebración de contratos.

Lo anterior, porque a través de este el demandado **acordó** con el Ministerio de Vivienda prestar sus servicios profesionales en la gestión de los proyectos de acueducto y saneamiento básico por los meses de octubre a diciembre de 2017 por un valor de 20 millones de pesos, esto es, **realizó un acuerdo de voluntades en los términos que los artículos 1494 y 1495 del Código Civil definen el contrato.**

En otras palabras, el elemento material u objetivo de la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 está plenamente acreditado, pues el “otro sí” del 30 de octubre de 2017 se erige como un contrato estatal.

**2.5.3 El Elemento territorial**

Como se anticipó al momento de describir los elementos propios de la inhabilidad endilgada al señor Guerra Varela, aquella necesita de un elemento territorial según el cual el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el municipio o distrito para el cual resultó electo. Nótese como para examinar este aspecto cobra especial relevancia la ejecución, pues para que se entienda configurada la prohibición se necesita que el contrato se ejecute en la entidad territorial donde el otrora candidato resultó electo.

Para los recurrentes este aspecto no se encuentra demostrado, habida cuenta que: i) el tribunal valoró de forma errada las pruebas allegadas al expediente sobre el tema, pues el hecho de que se hayan realizado reuniones en Cartagena no significa que le contrato se haya ejecutado ahí; ii) materialmente el contrato se ejecutó en municipios distintos a los del referido distrito y iii) el contrato debía ejecutarse en el departamento de Bolívar y no en la ciudad de Cartagena, sin que el primero incluya al segundo.

Lo primero que debe precisarse es que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sección, carecen de razón los recurrentes cuando sostienen que el contrato debe ejecutarse materialmente en el municipio, pues conforme al tenor mismo de la inhabilidad lo procedente es verificar el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato y no donde efectivamente se ejecutó[[36]](#footnote-36), es decir, lo relevante no es que en efecto se haya ejecutado en el respectivo ente territorial, sino que debiera ejecutarse ahí.

Hechas estas precisiones y para poder establecer el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato de prestación de servicios objeto de estudio es necesario revisarlo en su integridad. Al respecto, la Sala observa que en el clausula trigésima primera se indica:

*“Trigésima primera: DOMICILIO CONTRACTUAL Y LUGAR DE EJECUCIÓN: las partes acuerdan como domicilio contractual Bogotá y lugar de ejecución la ciudad de Cartagena – Bolívar.”[[37]](#footnote-37)*

Por su parte, según la cláusula primera referida al objeto del contrato, la labor encomendada incluía prestar asesoría en los programas que el ministerio tuviera en todo el departamento de Bolívar, es decir, la prestación de los servicios profesionales de carácter jurídico abarcaba todo esa entidad territorial.

Conforme a estos elementos no cabe duda que el elemento territorial de la inhabilidad también está acreditado, de un lado, porque en el contrato **expresamente** se dispuso que su lugar de ejecución sería la ciudad de Cartagena, esto es, el distrito en donde el demandado resultó electo, y de otro, porque contrario a lo sostenido por los recurrentes, la Sección Quinta ha colegido que el departamento incluye los municipios que lo conforman[[38]](#footnote-38); en consecuencia, el hecho de que en el contrato se haya establecido que el objeto del contrato incluía todo el departamento de Bolívar permite concluir que la ejecución incluía el distrito de Cartagena.

Se insiste en que no son de recibo los argumentos de los apelantes según los cuales debe examinarse donde realmente se ejecutó el contrato, no solo porque esa hermenéutica va en contra del régimen objetivo de inhabilidades, sino porque el tenor mismo de la inhabilidad sostiene que es el lugar donde “debía” ejecutarse y no donde realmente se hizo.

En este contexto y atendiendo a que el contrato mismo sostiene que a se ejecutaría en Cartagena, la Sala coincide con el tribunal de primera instancia y colige que este aspecto de la inhabilidad también se encuentra plenamente acreditado.

**2.5.4 Conclusiones respecto a la configuración de la inhabilidad.**

Conforme a lo expuesto, la Sección Quinta, coincide con la autoridad judicial de primera instancia y colige que están acreditados todos los elementos constitutivos de la inhabilidad de celebración de contratos prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, comoquiera que se demostró que dentro del año anterior a su la elección (30 de octubre de 2017) el señor Guerra Varela suscribió un “otro sí” al contrato de prestación de servicios (contrato estatal) con el Ministerio de Vivienda (entidad pública del orden nacional) que debía ejecutarse en la ciudad de Cartagena, esto es, donde el demandado resultó electo como alcalde.

Es decir, se materializaron todos los elementos de la conducta proscrita por el legislador, lo cual según lo reglado en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA conduce a la nulidad del acto de elección.

**2.6 Los argumentos de apelación del coadyuvante de la parte actora**

Decantado lo anterior y teniendo en cuenta que no será posible revocar la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, atañe a la Sección establecer si aquella debe modificarse en los términos expuestos por el coadyuvante, es decir, de un lado, ordenando la anulación de los actos que precedieron la expedición del formulario E-26 y, de otro, declarando la elección como alcalde de Cartagena de quien siguió en votación al señor Guerra Varela.

**2.6.1** Al respecto se encuentra que no es posible acceder a las pretensiones del coadyuvante, debido a que desde la perspectiva electoral el acto susceptible de control es el definitivo, esto es, a través del cual se declara la elección y a través de él se controlan los que lo antecedieron incluyendo los formularios E-14 y E-24, así como el acta de escrutinios.

En este contexto, es claro que no es necesario extender el decreto de nulidad a dichos actos, pues al decretarse la nulidad del formulario E-26, esto es del acto de elección propiamente dicho, se retiran del ordenamiento jurídico no solo aquel, sino también todos aquellos que precedieron a la elección del señor Guerra Varela como alcalde de Cartagena para el periodo 2016-2019.

**2.6.2** Tampoco es posible acceder a la solicitud de declarar la elección como alcalde de esa entidad territorial de quien seguía en votación al señor Guerra Varela. Lo anterior, comoquiera que esa **no** es la consecuencia de la declaratoria de nulidad por casuales subjetivas de una elección de por voto popular en un cargo uninominal.

El artículo 288 del CPACA prevé cuales son las consecuencias de la declaratoria de nulidad de acuerdo a la causal que de origen a la sentencia anulatoria. Así, en términos generales, las causales objetivas dan lugar a la repetición de la votación o la realización de un nuevo escrutinio; en tanto las causales subjetivas implican la cancelación de la credencial[[39]](#footnote-39).

El coadyuvante pretende dar aplicación al numeral 2º de la norma en comento. Sin embargo, olvida el tercero interviniente que tratándose de causales subjetivas no es posible ordenar un nuevo escrutinio ni muchos menos declarar una elección, pues según el numeral 3º del artículo 288 del CPACA la consecuencia de decretar una nulidad por causales subjetivas es únicamente la cancelación de la respectiva credencial.

Así pues como en el caso concreto se alegaba precisamente la configuración de la causal 5º del artículo 275 del CPACA por el acaecimiento de una inhabilidad, la consecuencia de acceder a las pretensiones de la demanda es simplemente la declaratoria de nulidad del acto de elección del señor Guerra Varela, en tanto la provisión de esa vacante está sujeta a otras disposiciones que tienen en cuenta la fecha, dentro del periodo en la que se presenta la vacante[[40]](#footnote-40), sin que el juez electoral tenga incidencia en ese aspecto.

Por lo anterior, no es posible revocar el numeral séptimo del fallo recurrido a través del cual se negaron las demás pretensiones de la demanda, al menos no, con fundamento en los argumentos del recurso de apelación, y por ende, aquel será confirmado en su totalidad.

**2.7 Conclusión**

Conforme a lo expuesto, y teniendo en cuenta que no hay mérito para revocar la sentencia de primera instancia, la Sala confirmará la sentencia del 10 de octubre de 2018 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la nulidad del acto mediante el cual se declaró la nulidad del acto de elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela como alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019.

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,

**III. FALLA**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia del 10 de octubre de 2018través de la cual a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la nulidad del acto mediante el cual se declaró la nulidad del acto de elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela como Alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Magistrada**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Magistrada**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Magistrado**

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES -** Son de interpretación restrictiva

Las inhabilidades constituyen condiciones de elegibilidad que tienen el potencial de limitar libertades constitucionalmente amparadas, como lo es participar del ejercicio y conformación del poder público, la cual encuentra como una de sus principales expresiones el derecho fundamental a elegir y ser elegido. Estas restricciones tienen como principal finalidad “… lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos…”, dentro de los cánones del bien común y el interés general.

**ADICIONES DEL CONTRATO -** No toda adición contractual configura un negocio jurídico nuevo

Se trata de un entendimiento de la norma, y en especial de uno de sus ingredientes –el acto jurídico cuya realización configura la circunstancia de inelegibilidad–, mucho más nocivo para el orden jurídico que aquel que preconiza la diferencia entre “contrato adicional” y “adición del contrato”, dado que en este último escenario existe una distinción que consulta la realidad jurídico-material del negocio jurídico a partir de las circunstancias propias de cada caso. En otras palabras, se trata de una regla que conduce a que no todo otrosí es un contrato, y que, por ende, permite en mayor medida la realización del derecho, la cual, por ser menos restrictiva, debía prevalecer sobre aquella que ofrecía la lectura opuesta al precepto jurídico bajo estudio, por la que equivocadamente se decantó la mayoría.

**CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL -** Vinculado a las formalidades y requisitos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993

Lo anterior significa que, si en los negocios consensuales la convergencia del consentimiento de las partes se constituye el elemento esencial y exclusivo para su celebración, no ocurre lo mismo en los contratos solemnes, que se acompañan de otros presupuestos específicos que deben ser observados, pues deben cumplirse allí requisitos que se adhieren a la propia sustancia del negocio, conocidos también con el calificativo latino de “ad substacian actus”. En consonancia con esta diferenciación, que permite distinguir el momento exacto en el que se celebra un negocio jurídico, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 41 los requisitos que se exigen para su perfeccionamiento

**CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL -** Es más que un acuerdo de voluntades

La consensualidad se acompaña de un presupuesto formal, traducido en su elevación a documento escrito, sin el cual el negocio estatal, trátese de una concesión, prestación de servicios, obra, no se predica existente. Sin embargo, a estos requisitos deben adicionarse otros, luego de que el contrato que suscribe la administración pública guarda relación con algunos bienes, pues en estos casos el perfeccionamiento exige el cumplimiento de otro tipo de presupuestos, relacionados con la elevación de escrituras públicas, como sucede también en materia civil, según la literalidad del artículo 1857, mencionado de forma previa. (…) Por otro lado, la solemnidad del contrato público ha permitido al Consejo de Estado descartar la práctica de los hechos cumplidos, en el marco de los cuales se aceptaba el desarrollo de prestaciones en favor de la administración contratante, sin la existencia de un contrato escrito. (…) De todo lo anterior se decanta una idea precisa y contundente: la celebración del contrato estatal exige, en principio, la existencia de un acuerdo de voluntades respecto del objeto y la contraprestación, convención que deberá constar siempre por escrito. De allí que, contrario a lo expresado en la sentencia de la que me aparto, no pudiera entenderse que el contrato estatal se encuentra celebrado por la convergencia que pueda predicarse entre las partes. El contrato estatal es solemne y al serlo requiere el cumplimiento de requisitos y formalidades que descartan la posición mayoritaria, acogida en ese fallo.

**CONTRATO ESTATAL** - No todo acuerdo de voluntades constituye un contrato

Valga señalar que revisado el contrato primigenio suscrito por el demandado y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio se encontró que la cláusula décimo octava alude a la terminación, modificación e interpretación unilateral de conformidad con los artículos 14 al 17 de la Ley 80 de 1993; por tanto, era perfectamente posible que la administración, de no llegar a un acuerdo con el contratista, procediera a la modificación que en su momento solicitó el supervisor del contrato, lo modificara unilateralmente vía acto administrativo y solo cuidando de que el valor del mismo no fuera igual o superior al 20 % pactado originalmente. (…) Tal y como emerge de su literalidad, esta figura entraña una convergencia o acuerdo de voluntades, en los mismos términos que la mayoría acuñó respecto de la “modificación” como supuesto generador de la circunstancia de inelegibildad que se estudiaba. Empero, desde luego que ello lleva a una contradicción insalvable el argumento defendido en la sentencia de la cual disiento, por cuanto una persona no podría, bajo ningún criterio de proporcionalidad y razonabilidad quedar inhabilitada por el hecho de rescindir un contrato, bajo la equivocada idea de que, por repetitivo que suene, para finalizar de mutuo acuerdo un contrato generador de obligaciones se requiere un contrato de terminación. En ese orden de ideas, los eventos descritos en precedencia evidencian que la pretendida interpretación finalista del fallo de la referencia –conforme con la cual todo acuerdo de voluntades da pie al factor inhabilitante– desconoce la realidad material y jurídica de las relaciones que surgen en el marco de la contratación pública y, por ende, no podía ser el criterio orientador de la decisión adoptada por la mayoría en este caso.

**FÓRMULA HERMENÉUTICA APLICABLE -** No todo tipo de afectación al contrato estatal conduce a la configuración del factor inhabilitante.

La interpretación finalista aplicada en esta oportunidad por la Sala mayoritaria no se podía emplear para conducir al imperativo categórico de que cualquier tipo de afectación al contrato estatal conduce a la configuración del factor inhabilitante. El legislador fue claro en señalar que la limitación al derecho electoral de que trata el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, surge de la celebración de un contratado, y no de sus mutaciones, pues, de quererlo así, lo habría consagrado en esos términos. De ahí que la distinción entre “contrato adicional” y “adición del contrato” sea relevante para estos efectos. No porque tales categorías constituyan tipologías negociales autónomas, sino porque representan creaciones nominales que permiten dimensionar los alcances del acuerdo de voluntades que estructura la circunstancia de inelegibilidad. No resulta válido colegir, como lo hizo la mayoría, que esta distinción es inútil por el hecho de que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, se refiere simple y llanamente a quienes hayan celebrado un “contrato”, y no expresamente a quienes hubiesen celebrado una “adición de contrato” o un “contrato adicional”.

**AUTONOMÍA DEL DERECHO ELECTORAL -** Error en la interpretación y alcance de la causal 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994

En la sentencia de la cual me aparto, lo que se entiende o debe entenderse por “contrato” se explica a partir de los mismos principios, normas y nociones que se aplican en materia de contratación estatal y en materia de obligaciones de los particulares. Fue recurrente la invocación de algunas normas de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil para arribar a la equivocada conclusión de que toda alteración de un contrato primigenio es un acuerdo de la misma naturaleza capaz de configurar el factor inhabilitante en cuestión. Por eso no comparto que esa misma teoría que sirve para dar alcance a la idea de contrato que se acoge, al mismo tiempo se descarte en lo que tiene que ver con la diferenciación entre adición del contrato y contrato adicional, a pesar de tener identidad en cuanto a las bases teóricas.

**PRECEDENTE JUDICIAL -** Lo puede constituir una o varias decisiones de un órgano de cierre

La sentencia que da origen a este salvamento de voto, definió el precedente, con apoyo en la línea jurisprudencial construida por la Sección Quinta del Consejo de Estado , como “…la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido”. (Negrilla fuera de texto) Sin embargo, no la consideró en el contexto adecuado, pues, más allá del aspecto cuantitativo de la definición –el precedente lo puede constituir una o varias decisiones de un órgano de cierre– se exigió a partir de ellas una pretendida exactitud con el sub judice, en vez de una similitud en cuanto a los supuestos fácticos y jurídicos con otros decididos previamente. No podía perderse de vista que el carácter que ha exigido la jurisprudencia es la semejanza y no la igualdad que, aunque podrían parecer en principio sinónimos, presentan algunas divergencias que permiten arribar a una conclusión que resultaba nodal para la resolución del caso del señor ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA en punto de la existencia o no de un precedente judicial.

**CONTRATO ADICIONAL -** Diferencias con la adición del contrato conforme a lo dispuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado

En ese orden, la Sección Quinta afirmó que, teniendo en cuenta las repercusiones que para la democracia se desprenden del ejercicio de la acción electoral –pues puede conllevar la separación del cargo de quien arribó mediante la manifestación mayoritaria de los votantes– el examen de los contratos suscritos durante el plazo que conlleva la inhabilidad debe superar su mera denominación –por ejemplo, prórroga o contrato adicional– ya que el operador jurídico debe sondear su naturaleza con el propósito de establecer si se trata o no de un negocio jurídico que permite la cristalización de la causal de inelegibilidad de que se trata. Lo anterior significa que, para la Sección Especializada en las causas electorales, no todo acuerdo de voluntades entre las partes supone, ipso facto, la materialización de la conducta prohibida, comoquiera que, en todos los casos, debe analizarse si el concurso real de voluntades implica el perfeccionamiento del tipo de negocios que reprocha el ordenamiento. (…) De conformidad con el aparte jurisprudencial transcrito, el principio pro electoratem, que prohíja la salvaguarda de los electores sobre los derechos personalísimos del elegido– justifica adentrase en los detalles del acuerdo contractual –sus propósitos, las modificaciones que con él se efectúan– habida cuenta de las fuertes implicaciones que, en esa materia, puede acarrear una decisión anulatoria de la elección. En ese orden, la Sección ha distinguido entre la suscripción de contratos adicionales en el lapso inhabilitante del año anterior a la elección y el perfeccionamiento de adiciones al negocio en ese mismo periodo, a partir de las cláusulas que con estas figuras se afectan, determinando que la inhabilidad solo tiene lugar en tratándose de la primera, esto es, cuando la alteración irradia el objeto del contrato, ya que nace a la vida jurídica un nuevo negocio.

**CONTRATO ADICIONAL -** Diferencias con la adición del contrato conforme a lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado

En efecto, tal autoridad judicial se ha encargado de analizar la naturaleza jurídica de dicha figura, arribando a la conclusión de que a esta se acude cuando se requiere de la adición o prórroga del contrato primigenio; es decir, hace parte del ya existente –adición de contrato–, y definiendo también en qué casos se trata de un nuevo contrato. En lo que interesa, al medio de control electoral, a la hora de analizar si la firma del otrosí permite la configuración de la causal de inhabilidad de celebración de contratos, los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado constituyen un referente significativo, orientado a que cuando el contrato principal fenezca y, con posterioridad se firme un otrosí, este último en realidad se trata de un nuevo contrato, en la medida en que el inicialmente suscrito ya finiquitó. (…) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se presentaron casos de adiciones y prórrogas contractuales celebradas en su vigencia, pero que correspondían a obligaciones primigenias contraídas con anterioridad a dicho marco normativo. En aquellos casos, la Sección Tercera determinó que los contratos adicionales, entiéndase otrosíes deben regirse por la normativa vigente al momento de la celebración de contrato principal, lo que refuerza la tesis según la cual el otrosí que implica adición o prórroga no es un contrato nuevo o independiente del original, sino una adición contractual.

**CONTRATO ADICIONAL -** Diferencias con la adición del contrato conforme a lo dispuesto por la Sección Primera del Consejo de Estado

La distinción entre los conceptos de contrato adicional y adición de contrato ha sido también un punto denominador común en la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado al fungir como juez de la pérdida de investidura de los miembros de corporaciones públicas, distintas al Congreso de la República. (…). Ello se justifica, como se explicó luego de que se trajo a colación el precedente de la Sección Quinta, no solo en razonamientos que se decantan del derecho público contractual, sino a la vez en consideraciones provenientes del derecho civil, en donde la afectación del objeto del contrato, a saber, de la prestación a la que se han obligado las partes, fenece el negocio jurídico primigenio, dando paso a uno nuevo, en lo que se conoce con el nombre de novación contractual, figura jurídica definida como “…la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.” (…) De allí que pueda manifestar que no todo acuerdo de voluntades suponga la celebración de un contrato, como de forma indebida, en mi sentir, lo establece la providencia frente a la cual salvo mi voto.

**CONTRATO ADICIONAL -** Diferencias con la adición del contrato conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional

Para dilucidar el tema, el máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional distinguió, a partir de los postulados del artículo 1501 del Código Civil, los presupuestos esenciales, naturales y accidentales de cualquier negocio jurídico, con apoyo en las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, manifestando que los primeros eran aquellos sin los cuales el contrato degeneraba en uno cualquiera; en tanto los segundos se entendían incluidos sin estipulación contractual que así lo dispusiera. Todos los demás se constituían en elementos accidentales sobre los cuales podían recaer las modificaciones convenidas por las partes, sin que el contrato principal se alterara en su esencia (…) De lo anterior se desprende que para la Corte Constitucional también resulta relevante elucidar el contenido de la alteración de la relación negocial primigenia, con miras a relievar las consecuencias jurídicas de ese subsiguiente acto dispositivo, pues de llegar a ser un nuevo contrato, otros serían los referentes normativos que gobernarían su validez.

**CONTRATO ADICIONAL -** Diferencias con la adición del contrato de acuerdo con el análisis global del salvamento de voto

La distinción entre contrato nuevo y adición del existente resultaba de vital importancia para el caso objeto de análisis y su consecuente decisión por la mayoría de la Sala, pues recordando que la inhabilidad que se encontró configurada fue la de celebración de contrato no era posible desconocer la definición del juez natural y especializado –ni de todo el universo jurídico alimentado por otros órganos jurisdiccionales de cierre en el mismo sentido– según la cual es necesario determinar la naturaleza jurídica del otrosí para saber si se aviene a alguna de tales categorías, pues de allí se desprende la conducta de celebrar contrato. Para el efecto, arribando al caso concreto, se debía destacar que el otrosí a partir del cual la Sala mayoritaria encontró configurada la inhabilidad irrogada al demandado, en realidad se trató de una prórroga del contrato principal, pues alargó su etapa de ejecución de 10 a 2 meses y, consecuencialmente, fijó el pago del periodo adicional a favor del contratista, valga señalar, sin modificar, la cifra correspondiente a las mensualidades ya pactadas y, por supuesto, se mantuvo la necesidad de presentación de informes.

**JURISPRUDENCIA ANUNCIADA -** Concepto

Antes que nada, tal y como lo he defendido desde los comienzos de la figura en la Sección Quinta del Consejo de Estado, la jurisprudencia anunciada es un instituto jurídico que tiene por objeto diferir la aplicación de una regla de derecho decantada por vía jurisprudencial, con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas de los ciudadanos que encuentran cobijados por la confianza que le genera la defensa histórica de determinada postura por parte de la autoridad judicial.

**CONFIANZA LEGÍTIMA -** Garantía de protección a las expectativas legítimas

En cualquiera de los casos, la confianza legítima, y con ella la garantía de protección a las expectativas legítimas, se presenta como una de las manifestaciones del establecimiento de un orden justo al interior del Estado colombiano, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política de 1991. (…) En conclusión, la confianza legítima se constituye en una garantía que ofrece “… protección a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados respecto a la estabilidad y proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas y propiciadas o toleradas por el propio Estado. (…). El principio de la confianza legítima irradia igualmente las actuaciones de los operadores jurídicos, ya que su ámbito de aplicación “no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia la actividad judicial.” (Negrilla fuera de texto.) Resulta apenas obvio que como los asociados exigen que la administración pública sea coherente en su actuar, luego de que ésta decide asuntos de similar naturaleza, los ciudadanos cuentan , igualmente, con el derecho a que sus expectativas legítimas se amparen frente a la aplicación e interpretación que de la ley efectúan los operadores jurídicos , puesto que, “el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en el Estado como administrador de justicia”.

**TEST DE CONFIANZA LEGÍTIMA -** Elementos a partir de los fallos judiciales

(i) Existencia de una base objetiva de la confianza. (…) (ii) Legitimidad de la confianza. (…) (iii) La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza.

**JURISPRUDENCIA ANUNCIADA -** Precisiones jurisprudenciales

A la par de esta obligación, las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado han erigido el instituto de la jurisprudencia anunciada –del que he sido fuel defensora y abanderada– que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro– de las nuevas previsiones hermenéuticas. Ello, fue puesto en ejercicio, entre otros asuntos que han sido de conocimiento de dicha Sección, en el fallo de 7 de junio de 2016, en el que se modificó el extremo temporal inicial de las inhabilidades contenidas en los artículos 31.7, 32. 7 y 39 de la Ley 617 de 2000. (…) En estos términos, la jurisprudencia anunciada debe ser entendida como la fijación o variación de una regla de interpretación o la solución de un problema jurídico, que ya tenía una solución expresada en diferentes pronunciamientos judiciales, bajo la cual la comunidad en general o destinataria de la misma actuaba bajo la convicción de que su actuar se ajustaba al ordenamiento jurídico; no obstante, el operador jurídico encuentra que derivado de situaciones fácticas o normativas que conllevan a modificar la tesis vigente, es necesario dictar la correspondiente decisión pero, en procura de la confianza legítima y de no afectar los derechos de quien en su momento procedió en debida forma, su aplicación se deja a futuro para que se conozca el cambio y luego sí puede ser exigida la correspondiente conducta.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación: 13001-23-33-000-2018-00417-01**

**Actor: DALIZ DEL CARMEN GONZÁLEZ VERGARA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ALBERTO MARÍN ZAMORA, ROBINSON PÉREZ RUIZ**

**Demandado: ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA - ALCALDE DE CARTAGENA - PERIODO 2016-2019**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Inhabilidad celebración de contrato**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales salvo mi voto respecto de la decisión adoptada el 30 de mayo de 2019, en la cual la Sala mayoritaria resolvió: “***CONFIRMAR*** *la sentencia del 10 de octubre de 2018**través de la cual a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la nulidad del acto mediante el cual se declaró la nulidad del acto de elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela como Alcalde de Cartagena para lo que resta del periodo 2016-2019*”.

**PARTE I**

**ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA INHABILIDAD ENDILGADA**

**1.1. LAS INHABILIDADES SON DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA**

Las inhabilidades constituyen condiciones de elegibilidad que tienen el potencial de limitar libertades constitucionalmente amparadas, como lo es participar del ejercicio y conformación del poder público, la cual encuentra como una de sus principales expresiones el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

Estas restricciones tienen como principal finalidad *“… lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos…”*[[41]](#footnote-41), dentro de los cánones del bien común y el interés general.

Tal como lo ha dicho la Sección Quinta del Consejo de Estado, esta particular connotación de las inhabilidades *“… impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga se oriente por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía”****[[42]](#footnote-42)***

Esto, desde luego, debe armonizarse con la visión que gobierna el proceso de nulidad electoral, entendido como *“…el medio instituido para discutir en sede jurisdiccional, tanto la legalidad misma del acto de elección, como la pureza del sufragio y el respeto a la voluntad del elector…”[[43]](#footnote-43)*.

En el asunto de marras, correspondió a la Sala dimensionar el alcance de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, según el cual no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital la persona que se encontrase alguno de los siguientes supuestos:

“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**. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio” (Negrillas propias).

El culmen de la controversia fue conducido, en la sentencia de la cual me aparto, hacia la dicotomía entre el carácter principal o accesorio de la figura del “otrosí”. En tal sentido, en dicha providencia se presentaron razones para concluir que en todos los casos entraña un acuerdo de voluntades, y que por tanto las palabras “otrosí” y “contrato” eran equivalentes. Y esto se hizo en contraposición a la tesis reinante hasta entonces en la Sección Quinta, conforme con la cual, no toda modificación del vínculo jurídico primigenio se entiende como un nuevo contrato[[44]](#footnote-44).

El solo hecho de existir las dos posibilidades hermenéuticas imponía a la Sala la obligación de escoger entre la que menos sacrificara el derecho que tienen los electores para elegir el candidato de su preferencia, así como el que tiene cualquier ciudadano de hacerse parte en procesos electorales como candidato. Sobre este último punto, debe recordarse, además, que la protección de esta garantía por parte del juez de lo electoral debe ser anónima, pues cuando se limita el derecho en cuestión no se hace únicamente respecto del individuo en particular que postula su nombre para un cargo de elección popular.

Comoquiera que las inhabilidades son de orden constitucional o legal, comparten la suerte de este tipo de normas, esto es, son impersonales, universales y abstractas, por ende, al decirse que determinado ciudadano no puede acceder a un cargo por el hecho de haber celebrado un otrosí, se cercena también esa posibilidad a todos los sujetos indeterminados que se encuentren en circunstancias similares.

Se trata de un entendimiento de la norma, y en especial de uno de sus ingredientes –el acto jurídico cuya realización configura la circunstancia de inelegibilidad–, mucho más nocivo para el orden jurídico que aquel que preconiza la diferencia entre “contrato adicional” y “adición del contrato”, dado que en este último escenario existe una distinción que consulta la realidad jurídico-material del negocio jurídico a partir de las circunstancias propias de cada caso.

En otras palabras, se trata de una regla que conduce a que no todo otrosí es un contrato, y que por ende, permite en mayor medida la realización del derecho, la cual, por ser menos restrictiva, debía prevalecer sobre aquella que ofrecía la lectura opuesta al precepto jurídico bajo estudio, por la que equivocadamente se decantó la mayoría.

**1.2. PRECISIÓN DE LA CONDUCTA INHABILITANTE**

El elemento nodal de la inhabilidad de marras estaba constituido por la conjugación de su verbo rector y el objeto sobre el que recae la acción, esto es, la “*celebración*” de un contrato. De ahí que resulte de cardinal importancia dilucidar con toda la precisión posible lo que se debe entender por tal comportamiento, sin que sea posible escindir lo comprensión de dicha acción y el acto jurídico al que le da forma.

Pues bien, siguiendo el derrotero argumental enunciado, es menester precisar que si bien es cierto la definición etimológica ofrece algunas ideas respecto de lo que debe entenderse por **“celebración”**, lo cierto es que el alcance de este vocablo –habida cuenta de su naturaleza normativa– solo puede hallarse de manera fidedigna en el mundo de lo jurídico, en donde adquiere una diversidad de significaciones de cara a los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para el perfeccionamiento de cada uno de los negocios jurídicos. Es decir, su noción se encuentra vinculada a las formalidades y requisitos que el ordenamiento reclama para la existencia y validez de los acuerdos que suscriben o, a los que se comprometen, los sujetos de derecho dentro de un determinado sistema.

En otras palabras, el momento en que se entiende *“celebrado”* un contrato, dependerá del tipo de negocio jurídico de que se trate, v. gr. si es público o privado, si es solemne o consensual, o si tiene otro rasgo particular.

En los términos más elementales, se puede decir que en el Código Civil, los contratos se definen como un acto en el que una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer:

“**Artículo 1495. DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCIÓN**. 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”.

Dentro del mismo contexto, cabe decir que el derecho civil diferencia los contratos consensuales de los que requieren de ciertas formalidades para su perfección, pues, mientras para los primeros basta el simple convenio de voluntades, los segundos exigen el cumplimiento de otro tipo de requerimientos que hace imposible hablar de contrato o negocio sin su observancia.

En este punto, puede traerse a colación el contrato de compraventa de bien mueble, cuyo perfeccionamiento, a las voces del artículo 1857[[45]](#footnote-45) del Código Civil, demanda el acuerdo de voluntades respecto de la cosa y el precio, sin requisitos adicionales, situación que puede anteponerse a aquella que da génesis al contrato de matrimonio, en el que le legislador solicita, además del libre consentimiento de las partes contrayentes expresado ante el funcionario competente, la observancia de las solemnidades y requisitos establecidos en ese mismo cuerpo normativo, sin los cuales *“….no producirá efectos civiles y políticos…”,* como lo consagra el artículo 115 *ejusdem*.

En punto del carácter consensual o no de un contrato, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó, en decisión de 19 de diciembre de 2006, Rad. 1998-10363-01:

“Sólo en el evento de que la *intentio* de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto -determinante- materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico.”

Lo anterior significa que, si en los negocios consensuales la convergencia del consentimiento de las partes se constituye el elemento esencial y exclusivo para su celebración, no ocurre lo mismo en los contratos solemnes, que se acompañan de otros presupuestos específicos que deben ser observados, pues deben cumplirse allí requisitos que se adhieren a la propia sustancia del negocio, conocidos también con el calificativo latino de “*ad substacian actus”.*

En consonancia con esta diferenciación, que permite distinguir el momento exacto en el que se celebra un negocio jurídico, la Ley 80 de 1993 estableció en su artículo 41 los requisitos que se exigen para su perfeccionamiento:

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y **éste se eleve a escrito**” (Negrillas propias).

Disposición que puede ser complementada con la literalidad del artículo 39, relativo a las formas del contrato público, en el que se prescribe:

“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán **por escrito** y no requerirán ser elevados a **escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen** mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad” (Negrillas propias).

De la lectura armónica de estas disposiciones se colige que los contratos estatales son solemnes, en tanto el simple acuerdo de voluntades no resulta suficiente para su existencia, como de forma reiterada lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado[[46]](#footnote-46), que al respecto ha manifestado:

“A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”*

(…)

De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).”

La consensualidad se acompaña de un presupuesto formal, traducido en su elevación a documento escrito, sin el cual el negocio estatal, trátese de una concesión, prestación de servicios, obra, no se predica existente. Sin embargo, a estos requisitos deben adicionarse otros, luego de que el contrato que suscribe la administración pública guarda relación con algunos bienes, pues en estos casos el perfeccionamiento exige el cumplimiento de otro tipo de presupuestos, relacionados con la elevación de escrituras públicas, como sucede también en materia civil, según la literalidad del artículo 1857, mencionado de forma previa.

“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.”

Por otro lado, la solemnidad del contrato público ha permitido al Consejo de Estado descartar la práctica de los hechos cumplidos, en el marco de los cuales se aceptaba el desarrollo de prestaciones en favor de la administración contratante, sin la existencia de un contrato escrito.

En ese punto, la Sala Plena de la Sección Tercera[[47]](#footnote-47) adujo:

“En efecto, el sustento de las pretensiones está precisamente en que se realizaron obras sin contrato alguno o, lo que es lo mismo, inobservando los mandatos imperativos de la ley, razón por la cual la transgresión de ésta no puede traerse ahora como una causa para reclamar.

Admitir lo contrario argumentando la buena fe subjetiva del demandante significaría hacer prevalecer el interés individual de éste sobre el interés general que envuelve el mandato imperativo de la ley que exige el escrito para perfeccionar el contrato estatal, no debemos olvidar que el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó.”

De todo lo anterior se decanta una idea precisa y contundente: la celebración del contrato estatal exige, en principio, la existencia de un acuerdo de voluntades respecto del objeto y la contraprestación, convención que deberá constar siempre por escrito. De allí que, contrario a lo expresado en la sentencia de la que me aparto, no pudiera entenderse que el contrato estatal se encuentra celebrado por la convergencia que pueda predicarse entre las partes. El contrato estatal es solemne y al serlo requiere el cumplimiento de requisitos y formalidades que descartan la posición mayoritaria, acogida en ese fallo.

La disertación presentada en los párrafos inmediatamente anteriores lo que muestra es que el asunto de marras entrañaba unas complejidades mayores a las explicadas en la sentencia de la referencia, que no podían ser simplificadas bajo el ropaje de la “connotación electoral” del asunto, y esto es así, porque la descripción típica de la inhabilidad endilgada al demandada comprende un elemento sobre el cual debe hacerse necesariamente hincapié, y es el hecho de que tales contratos se celebren ***“con entidades públicas de cualquier nivel”*,** lo que implica que el alcance que debe dársele no es el propio del derecho privado en el que, en muchos casos, basta la consensualidad, sino el propio del *contrato estatal*, que se comprende bajo su propio universo jurídico, en el que perfectamente caben figuras como el “contrato adicional” y la “adición del contrato”, que tienen el potencial de afectar la comprensión de la causal de inhabilidad.

En perspectiva con lo anterior, no podía perderse de vista que la técnica de argumentación empleada debía necesariamente conducir hacia la determinación de la naturaleza del “otrosí” bajo la égida de la contratación estatal, con todas las particularidades propias de ese régimen jurídico; mas no únicamente a las características esenciales del contrato para hacerlas extensivas al referido tipo de modificaciones. Ello, se insiste, porque la inhabilidad indefectiblemente se debe comprender como un todo, en el que la calidad de las partes que suscriben el negocio jurídico son un elemento definitivo del análisis, que trasciende la mera noción de “acuerdo de voluntades”, para dar paso a una estructura más compleja en la que el contenido de ese acuerdo permite perfilar la naturaleza del acto jurídico, o en el que, dicho en palabras más sencillas, el objeto del “otrosí” es el que determina si se trata de un contrato o de un acto dispositivo que surge en el seno de la ejecución de uno de aquellos.

**1.3. EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL NO ES CIERTO QUE TODO ACUERDO DE VOLUNTADES SEA UN CONTRATO**

En la sentencia frente a la cual salvo mi voto se concluye categóricamente que *“desde la perspectiva electoral toda ‘prorroga’, ‘otro sí’, ‘modificación’, ‘adición’; constituye un contrato o convención en los términos del Código Civil y la Ley 80 de 1993, que de darse los demás elementos para el efecto, consolida la inhabilidad objeto de estudio”*. Y para respaldar tal afirmación se acude al siguiente argumento, que se extrae del contenido literal del fallo frente al cual salvo mi voto:

“… **todo** acuerdo de voluntades que constituya convención materializa, si se celebra dentro del plazo inhabilitante, la prohibición de celebración de contratos.

Esto es así porque, se insiste, para efectos electorales todo acuerdo de voluntades suscrito entre quien se inscribe como candidato y el Estado puede otorgar beneficios electorales para el candidato-contratista, desequilibrando en consecuencia, la contienda electoral” (Negrilla original).

Como puede verse, la conclusión del fallo y el argumento en que se sustenta suponen una regla que generaliza el alcance de la inhabilidad, y que no consulta la realidad que emerge de la contratación estatal. Para descartar la tesis acogida por la Sala mayoritaria en la sentencia, además de lo dicho en precedencia, resulta conveniente traer a colación dos circunstancias o ejemplos que ponen de relieve las fallas de dicha lógica.

La primera y más elemental deviene de que las pautas del contrato estatal admiten figuras *sui generis* que descartan que el acuerdo de voluntades sea una condición esencial predicable de “toda” modificación o adición. Es el caso de lo normado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que en lo pertinente ora:

“**ARTÍCULO 14.** DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la **ejecución del contrato**. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán**, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, **introducir modificaciones a lo contratado** y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado” (Negrillas propias).

En concordancia con lo previsto en la norma transcrita, el artículo 16 *ejusdem* previene:

“**ARTÍCULO 16.** DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, **la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios**

**Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”** (Negrillas propias)

Nótese que estas dos disposiciones permiten al Estado efectuar “modificaciones” unilateralmente al contrato, durante su ejecución. Esto demuestra que no toda variación del acuerdo de voluntades inicialmente previsto debe ser del mismo orden sinalagmático ni que todo cambio en la relación negocial es un contrato, pues la exorbitancia de los poderes empleados en este tipo de intercambios entraña una pauta diferenciadora que impide que se consolide la regla general que se implantó en el fallo del que me separo –transcrita en el vértice inicial del presente acápite–.

Ahora bien, llevando también este supuesto normativo particular al caso concreto, debió haberse advertido que, en una primera etapa las partes podrían ponerse de acuerdo en los aspectos a modificar, sin embargo, la misma disposición prevé, como una facultad a favor del Estado, que si no existe consenso entre la entidad contratante y el contratista, la primera **lo modificará mediante acto administrativo; es decir, aun cuando no sea la voluntad del contratista modificar su contrato, no podrá negarse.**

Debe precisarse la única ocasión en que prima la voluntad del contratista que desee no aceptar la modificación contractual, será cuando el cambio del contrato implique que su valor se aumente en un valor igual o superior al 20 %.

Con lo anterior se muestra que no bastaba con afirmar que la firma del contrato implica la voluntad del contratista de “celebrar” un nuevo acuerdo contractual, pues como quedó demostrado su voluntad se ve afectada con el hecho de saber que la modificación contractual en todo caso será realizada cuando la administración así lo decida, siendo la única excusa valida que el cambio realizado afecte el 20 % del valor del contrato.

En este caso, si bien no se alegó esta circunstancia por parte del demandado, en el sentido de poner de presente que no era su deseo continuar con el contrato de prestación de servicios por más del tiempo inicialmente pactado, esta situación demuestra que no es del todo cierto que todo contrato implique acuerdo de voluntades entre las partes y, por contera, celebración de contrato.

Valga señalar que revisado el contrato primigenio suscrito por el demandado y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio se encontró que la cláusula décimo octava alude a la terminación, modificación e interpretación unilateral de conformidad con los artículos 14 al 17 de la Ley 80 de 1993; por tanto, era perfectamente posible que la administración, de no llegar a un acuerdo con el contratista, procediera a la modificación que en su momento solicitó el supervisor del contrato, lo modificara unilateralmente vía acto administrativo y solo cuidando de que el valor del mismo no fuera igual o superior al 20 % pactado originalmente.

Un segundo ejemplo de que no cualquier acuerdo de voluntades es un contrato emerge del reconocimiento de las prácticas que en desarrollo del mismo pudieran producirse, dentro de las que cabe la *“terminación anticipada por mutuo acuerdo”*, que conlleva la extinción del vínculo contractual.

Tal y como emerge de su literalidad, esta figura entraña una convergencia o acuerdo de voluntades, en los mismos términos que la mayoría acuñó respecto de la “modificación” como supuesto generador de la circunstancia de inelegibildad que se estudiaba. Empero, desde luego que ello lleva a una contradicción insalvable el argumento defendido en la sentencia de la cual disiento, por cuanto una persona no podría, bajo ningún criterio de proporcionalidad y razonabilidad quedar inhabilitada por el hecho de rescindir un contrato, bajo la equivocada idea de que, por repetitivo que suene, para finalizar de mutuo acuerdo un contrato generador de obligaciones se requiere un contrato de terminación.

En ese orden de ideas, los eventos descritos en precedencia evidencian que la pretendida interpretación finalista del fallo de la referencia –conforme con la cual todo acuerdo de voluntades da pie al factor inhabilitante– desconoce la realidad material y jurídica de las relaciones que surgen en el marco de la contratación pública y, por ende, no podía ser el criterio orientador de la decisión adoptada por la mayoría en este caso.

**1.4.** **SOBRE LA FÓRMULA HERMENÉUTICA APLICABLE**

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, pero con mayor razón aquellas por ser limitantes, deben estar consagradas en forma previa, expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, para el ingreso o desempeño a cada servicio público[[48]](#footnote-48).

Por otro lado, según lo ha señalado la Corte Constitucional, con ellas se espera que quienes acceden a la función pública *“… garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. Se pretende pues, que en los servidores públicos concurran los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado**.”[[49]](#footnote-49)*

Estas máximas orienta la labor del juez de lo electoral, y si bien le permiten moverse en márgenes más o menos amplios de interpretación y hermenéutica cuando la norma es oscura o presenta confusión, lo cierto es que en el caso de marras, no presentó una inconsistencia que ameritara el ejercicio de un poder creador del juez en términos “Hartianos”[[50]](#footnote-50) y mucho menos que lo obliguara a realizar elucubraciones muy finas acudiendo a todo el expediente argumentativo sobre los diferentes tipos de interpretación para intentar darle un sentido al numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que a simple vista y bajo un razonamiento sencillo no tenía.

La interpretación finalista aplicada en esta oportunidad por la Sala mayoritaria no se podía emplear para conducir al imperativo categórico de que cualquier tipo de afectación al contrato estatal conduce a la configuración del factor inhabilitante.

Suponer, como bajo esa línea se hizo en la sentencia de la que me aparto, que la adición del contrato en sí misma entraña ventajas electorales deviene en una comprensión que carece de comprobación argumentativa, que parte de una suerte de influencia equiparable el ejercicio de autoridad, que, valga recordar, constituye una causal autónoma de inhabilidad.

El legislador fue claro en señalar que la limitación al derecho electoral de que trata el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, surge de la celebración de un contratado, y no de sus mutaciones, pues, de quererlo así, lo habría consagrado en esos términos.

De ahí que la distinción entre “contrato adicional” y “adición del contrato” sea relevante para estos efectos. No porque tales categorías constituyan tipologías negociales autónomas, sino porque representan creaciones nominales que permiten dimensionar los alcances del acuerdo de voluntades que estructura la circunstancia de inelegibilidad.

No resulta válido colegir, como lo hizo la mayoría, que esta distinción es inútil por el hecho de que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, se refiere simple y llanamente a quienes hayan celebrado un “contrato”, y no expresamente a quienes hubiesen celebrado una “adición de contrato” o un “contrato adicional”.

Y esto es así porque, a riesgo de incurrir en tautología frente a la idea, la razón que subyace a esta distinción es que una “adición al contrato” no es un contrato y, por ende, no da lugar a la inhabilidad; mientras que un “contrato adicional” realmente constituye uno nuevo y, por contera, configura la situación de inelegibilidad.

Con lo anterior no se están añadiendo ingredientes a la interpretación de la causal de inelegibilidad en cuestión, sino que, realmente, se están desglosando los que contiene la norma, de tal manera que la objetividad que se predica en materia electoral, obedezca a criterios de proporcionalidad y racionalidad, propios del Estado Social de Derecho, como garantía inexcusable para repeler la arbitrariedad que deviene de una intelección totalizadora que priva al juez natural de este tipo de asuntos de verificar si hay justeza o no en la consecuencia aplicada.

También se debe poner de presente que esta objetividad y su comprensión finalista no pueden venir demarcadas, como erradamente lo expresó la sentencia de la cual me aparto, de la impresión generalizada de los electores frente a un hecho político, pues la labor del operador del contencioso electoral no es generar niveles de satisfacción frente a sus decisiones, sino resolver en derecho los asuntos que le fueron encomendados.

A mi entender, resulta inaceptable suponer –porque no existe prueba fehaciente de ello–, de una manera tal que roce con la especulación, y con inusitado menospreciando por la inteligencia de los ciudadanos, que:

“…la distinción entre contrato adicional o adición del contrato carece en el derecho electoral de importancia y efecto útil. Lo anterior, porque independientemente que desde la teoría exclusivamente contractual, el negocio jurídico tenga una u otra categoría, lo cierto es que el contratista podría ganar notoriedad frente al **electorado**, habida cuenta que **para este último tal diferencia jurídica ni siquiera existe**”

No se observa ningún, dentro o fuera de los cánones de la sentencia, fundamento fáctico ni jurídico sólido que permita respaldar semejante aseveración, pues ninguna autoridad pública tiene reservado para sí el poder de entender lo que es un contrato; y aún si así fuera no puede ser el supuesto desconocimiento popular del lenguaje jurídico lo que legitime una decisión judicial; mucho menos si emana de una alta Corte.

Por más intricada que pueda llegar a ser la diferencia entre “adición del contrato” y “contrato adicional” –suponiendo que lo fuera–, es y seguirá siendo deber del juez de lo electoral recabar en ella si constituye una base ineludible para la resolución de la controversia; pues su misión no se contrae a hacer que las decisiones sean simples, sino que sean correctas.

**1.5. IMPOSIBILIDAD DE TRANSPOLAR REQUISITOS, PRESUPUESTOS O PRINCIPIOS HERMENÉUTICOS DE UNA CAUSAL A OTRA[[51]](#footnote-51)**

Dado el carácter restrictivo y estricto de las inhabilidades, *“****no es dable transpolar requisitos, ni presupuestos ni principios hermenéuticos de una causal a otra****, ni siquiera dentro del mismo grupo de las conductas que materializan la inhabilidad, precisamente porque el aspecto negativo de impedir o restringir el derecho político a ser elegido hace que su tratamiento y aplicación sea riguroso”*[[52]](#footnote-52).

Menos aún pueden extenderse los efectos o hacerse aplicaciones analógicas, ni siquiera bajo la égida de la aplicación del efecto útil de la norma, cuando la previsión de la norma no ha dado margen para ello, en atención a la claridad de su texto.

Convergen en esta consideración dos principios de interpretación de la ley, el primero atinente a la prohibición para el intérprete de la norma cuando el texto sea claro y el segundo la aplicación prevalente de la norma especial que regula la consecuencia jurídica a la que se adapta el supuesto fáctico que se prueba.

Esto resulta importante, en la medida en que la sentencia de la cual me aparto emplea como uno de los argumentos para sostener la tesis aplicada, la necesidad de que a la inhabilidad por “celebración de contratos” se le otorgue el mismo tratamiento que a la de “gestión de negocios”, siendo que cada una regula supuestos autónomos, aun cuando hagan parte de un mismo contexto de relación negocial.

**1.6. CONTRADICCIONES EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ELECTORAL PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA INHABILIDAD POR CELEBRACIÓN DE CONTRATOS**

En la sentencia adoptada por la mayoría se defiende con vehemencia la necesidad de comprender la inhabilidad por celebración de contratos desde una óptica completamente autónoma que, según se sugirió en dicho pronunciamiento, se aviniera a las particularidades propias del derecho electoral y de los bienes jurídicos que protege.

Para ello, se descalifica toda la construcción que por años había defendido pacíficamente la Sección Quinta, a partir de una recopilación armónica del entendimiento que dado por la Sección Primera y la Sección Tercera de esta Corporación –voz autorizada en materia de contratos estatales–, así como por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en los pronunciamientos que se mencionan a lo largo del presente salvamento de voto.

A mi juicio, resulta contradictorio desconocer toda una tradición jurídica so pretexto de la autonomía del derecho electoral, pues el ordenamiento es uno solo y debe ser leído de manera armónica. La única diferencia que debe auparse es aquella que deviene de la fuerza de la razón fundada y pertinente. Y en este caso no se verificó esta exigencia, comoquiera que el argumento empleado en el fallo de marras entraña en sí mismo una contradicción lógica insuperable.

Toda la teoría de la que se alimenta el viraje jurisprudencial introducido con este pronunciamiento se cimentó en el mismo andamiaje del derecho contractual público y privado. En la sentencia de la cual me aparto, lo que se entiende o debe entenderse por “contrato” se explica a partir de los mismos principios, normas y nociones que se aplican en materia de contratación estatal y en materia de obligaciones de los particulares.

Fue recurrente la invocación de algunas normas de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil para arribar a la equivocada conclusión de que toda alteración de un contrato primigenio es un acuerdo de la misma naturaleza capaz de configurar el factor inhabilitante en cuestión.

Por eso no comparto que esa misma teoría que sirve para dar alcance a la idea de contrato que se acoge, al mismo tiempo se descarte en lo que tiene que ver con la diferenciación entre adición del contrato y contrato adicional, a pesar de tener identidad en cuanto a las bases teóricas.

Y es que por más autónomo que sea el derecho electoral, no puede desconocer la realidad social, en la que se vislumbra en complejo entramado de situaciones interdependientes, que deben ser interpretados bajo un signo de cohesión jurídica como garantía de previsibilidad de las consecuencias para quienes se encuentran sometidos al maremágnum de permisiones y prohibiciones que lo conforman.

No resulta acertado que una facción de los operadores jurídicos, frente al “otrosí”, partan de la invencible convicción sobre la suscripción de un contrato, mientras que otra considere lo contrario a partir de la parte del universo jurídico que le corresponde interpretar. Ahora, por supuesto que existen excepciones justificadas frente a este parámetro de seguridad jurídica, pero deben estar movidas por criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, en manera alguna pueden procurar por completar, corregir, enmendar o tergiversar la voluntad del legislador; máxime cuando ese órgano legislativo que define las reglas de juego en materia de contratos es el mismo que establece las condiciones de inelegibilidad derivadas de su celebración.

**PARTE II**

**DE LA EXISTENCIA DE PRECEDENTE JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PUESTO A CONSIDERACIÓN DE LA SALA**

**2.1. ESTRUCTURA DEL CONTRAARGUMENTO[[53]](#footnote-53)**

Uno de los principales pilares de la sentencia frente a la cual salvo mi voto es la intelección que se le confiere a la figura del “precedente judicial” y la distinción que se hace frente a la “noción de jurisprudencia”, pues a juicio de la Sala mayoritaria, en el caso de la referencia no existían decisiones previas que vincularan el sentido de la decisión que debía adoptarse, lo cual, a mi juicio, resulta desacertado, tal y como lo paso a explicar.

Para describir la agenda metodológica de mi argumentación, me resulta pertinente remembrar que, en el año de 1637, René Descartes publica *“El discurso del método”[[54]](#footnote-54)*, obra maestra en la que expone los rasgos fundamentales de su “duda metódica”, como camino para acceder al conocimiento y la razón. *Grosso modo*, las verdades absolutas para el filósofo francés solo pueden alcanzarse derruyendo cualquier tipo de duda u obscuridad en el pensamiento para, posteriormente, construir un nuevo discurso racional, en el que se funde la actividad mental de los seres.

La “duda metódica”, como fórmula para adquirir el conocimiento, se compondría así de dos estadios. Por un lado, el de los interrogantes y cuestionamientos que conllevan atacar las ideas que nos son dadas por los sentidos[[55]](#footnote-55); por otro, la edificación del conocimiento verdadero, a partir de las conclusiones sacadas de la corroboración de la realidad.

Partiendo de las fases descritas –connaturales al método cartesiano–, pretendo en el presente aparte contradecir las ideas que llevaron a la mayoría de la Sala a negar la existencia de un precedente judicial para proveer sobre la nulidad del acto de elección del ciudadano **ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA**, y, seguidamente, defender la tesis opuesta.

**2.2. GENERALIDADES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL**

La noción de precedente entraña toda una serie de elementos y figuras que conllevan una gran complejidad en torno al importante escaño que ocupa en la orientación de nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que su construcción demarca la ruta que, en principio, debiera seguir la actividad jurisdiccional, pero al mismo tiempo, es la huella indeleble del camino recorrido por los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, como ocurre con el Consejo de Estado en su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo**[[56]](#footnote-56)**.

En su acepción más simple, la Corte Constitucional ha definido el precedente como *“aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”[[57]](#footnote-57)*.

De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias del órgano límite en la jurisdicción que anteceden la resolución de un caso particular constituyen un referente indispensable para la aplicación del derecho.

Ello se explica en que, según el dicho de la Corte, *“****lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa*** *–o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico”*[[58]](#footnote-58) (negrillas de la Sala).

De dicho argumento puede colegirse que, en esencia, el precedente es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirven de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla jurisprudencial que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido.

La sentencia que da origen a este salvamento de voto, definió el precedente, con apoyo en la línea jurisprudencial construida por la Sección Quinta del Consejo de Estado[[59]](#footnote-59), como *“…la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar* ***una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos****, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido”.* (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, no la consideró en el contexto adecuado, pues, más allá del aspecto cuantitativo de la definición –el precedente lo puede constituir una o varias decisiones de un órgano de cierre– se exigió a partir de ellas una pretendida exactitud con el *sub judice*, en vez de una similitud en cuanto a los supuestos fácticos y jurídicos con otros decididos previamente.

No podía perderse de vista que el carácter que ha exigido la jurisprudencia es la **semejanza** y no la igualdad que, aunque podrían parecer en principio sinónimos, presentan algunas divergencias que permiten arribar a una conclusión que resultaba nodal para la resolución del caso del señor **ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA** en punto de la existencia o no de un precedente judicial.

Pues bien, desde una perspectiva etimológica, la igualdad, en la primera de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es *“…la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”*, de donde se colige que el concepto está determinado por la identidad que un objeto pueda tener con otro. Se dice así que “a” es igual al “b”, luego de que comparten las mismas características en relación con la materia, la forma y las propiedades, pues, de no ser así, habría simplemente una semejanza, esto es, un cierto parecido entre los extremos que se comparan.

En ese orden, la igualdad hace referencia a la existencia de una universalidad de puntos en los que los objetos parangonados convergen; por su parte, la semejanza solo resulta cuando la identidad se refiere a ciertos aspectos.

Así, el concepto de precedente requiere la semejanza entre los casos puestos en comparación, lo que significa que deben coincidir en algunos temas, sin que ello suponga la exigencia de una igualdad profusa, por cuanto, ello implicaría vaciar de efecto útil este instituto, comoquiera que los aspectos fácticos y jurídicos que pueden caracterizar un caso, presentan, en la mayoría de ocasiones, aspectos diferenciales en relación con otros, que harían nugatoria la aplicación de esta figura.

**2.3. DISTINCIÓN ENTRE JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE JUDICIAL**

El fallo de 30 de mayo de 2019 comienza aclarando la distinción entre los conceptos de jurisprudencia y precedente para concluir que el efecto vinculante solo es connatural del último, habida cuenta de la labor creativa que despliega el juez, a la luz del artículo 230 de la Carta Política de 1991[[60]](#footnote-60).

El punto diferenciador de las nociones a que se hace referencia estaría, en palabras de la providencia de la que me aparto, en la tarea hermenéutica del operador judicial, ya que mientras el precedente supondría la edificación de reglas o sub-reglas de derecho cuando el ordenamiento no ofrece una solución adecuada a casos particulares, la jurisprudencia sería la simple aplicación de las existentes a un determinado supuesto fáctico. En ese sentido, la decisión que motiva este voto disidente explica:

“…el **precedente** puede entenderse como aquella función o competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de reglas y sub reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico y que son vinculantes, ejercida a partir de su función interpretativa, es decir, el precedente es una decisión judicial que tiene el reconocimiento de una auténtica fuente de derecho.

(…)

Por su parte, **la jurisprudencia**, solo es concebida como un criterio auxiliar de la actividad judicial y su característica fundamental consiste en que en tales decisiones no se crean reglas o subreglas, **sino que se aplican las existentes en el ordenamiento jurídico**. En otros términos, el contenido de las decisiones jurisprudenciales consiste en la función de aplicación del derecho vigente, de tal manera que en tales decisiones se encuentran un trabajo, primordialmente, de valoración probatoria o de subsunción a fuentes de derecho.

En consecuencia, en la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico ya está establecido, de tal forma que las reglas o subreglas a aplicar ya están definidas. En principio, existe un ordenamiento jurídico claro a aplicar, y por ello, en este tipo de decisiones, el debate girará en torno a la valoración probatoria para establecer los hechos probados. Una vez se tienen los hechos probados, la tarea consiste en aplicar o subsumir los hechos a la regla o subregla ya existente y adoptar la decisión que surja de tal actividad valorativa.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la actividad creadora de los jueces estaría reservada para el concepto de precedente; en cambio, la simple aplicación del derecho positivizado –en su acepción amplia, que cobija, no solo a la Constitución y las leyes, sino igualmente a los demás instrumentos normativos que conforman el ordenamiento– caracterizaría a la jurisprudencia.

Bajo esta panorama, considero, muy respetuosamente, que la premisa expuesta en la sentencia de 30 de mayo de 2019 desconoce la esencia misma de la labor judicial –que supone en todos los casos análisis hermenéutico y, por consiguiente, de creación–, así como la vulneración de los postulados que sostienen la teoría del precedente, los cuales han permitido el establecimiento de una figura jurídica en principio ajena a nuestro ordenamiento, de visos continentales, más cercano al concepto de la legalidad que a la labor pretoriana de los jueces.

En lo que respecta al primero de los puntos, es mi preocupación demostrar que la creación de reglas de origen judicial no se encuentra, *a priori*, limitada a cierto tipo de providencias, pues resulta ser uno de los rasgos perennes que ha acompañado de manera inveterada la labor del juez.

Sabido es que el precedente es propio de las altas cortes en el giro ordinario de sus negocios, pero no circunscrito a ciertas de sus sentencias y autos, pues el establecimiento de reglas de derecho puede encontrase en cualquiera que, respetando los parámetros propios de ese instituto[[61]](#footnote-61), definan un caso que pueda servir de referente para la resolución de uno posterior.

En otros términos, la labor del juez –entiéndase órganos de cierre– adiciona siempre reglas judiciales al ordenamiento, sin importar que la resolución del asunto puesto a su consideración requiera acudir a principios y referentes axiológicos –ante la falta de derecho legislado– o que, por el contrario, el orden jurídico del que hace parte ofrezca una respuesta precisa al asunto sometido a su conocimiento, caso en el cual éste lo aplicaría de forma directa.

La labor del juez, en mi sentir, es siempre creadora –sin importar su grado[[62]](#footnote-62)– y no simplemente aplicativa del sistema jurídico, a través de la herramienta del silogismo, cuya existencia y origen quiso restringir la facultad hermenéutica de los jueces, cuando en siglos pasados eran simplemente “la boca de la ley”[[63]](#footnote-63).

Y ello es así, por dos razones fundamentales. La primera relativa al instrumento que utiliza la ley para prescribir sus mandatos, consistentes en prohibiciones y autorizaciones etc., a saber, el lenguaje, objeto siempre de hermenéuticas, vista la vaguedad de algunas de sus formas, como ha sido analizado por la filosofía lingüística a la cabeza de Ludwing Wittgenstein en su obra *“Tractatus ógico-philosophicus”*, aparecida en 1921. En segundo lugar, por lo proteiforme de los hechos que se presentan al juez, que disponen constantemente de particularidades que llevan a soluciones diversas y, por consiguiente, a interpretaciones especiales de las normas para la resolución de las temáticas que de allí surgen.

En ese orden, la distinción propuesta en el fallo según la cual el precedente y, correlativamente, su vinculatoriedad solo se predicaría de los autos y sentencias en las que el operador judicial establece reglas de derecho, y no la simple aplicación del ordenamiento jurídico, no resulta ser el punto axial de la diferenciación con el concepto de jurisprudencia, toda vez que, en estos dos casos, éste despliega su labor creativa, mediante el desarrollo de la función interpretativa y hermenéutica propia de su labor.

En palabras de Luis Recasens Siches:

“La mayor parte de las críticas, formuladas desde campos varios y por diferentes caminos, ha mostrado con plena claridad que la obra del órgano jurisdiccional **no consiste meramente en subsumir bajo una norma general el caso particular planteado,** y en sacar luego, en forma de conclusión silogística, el fallo o la resolución pertinente. Esas críticas han hecho evidente que, por el contrario, **la obra del órgano jurisdiccional aporta siempre algo nuevo, que no estaba contenido en la regla general.** En efecto, las varias críticas contra la concepción mecánica de la jurisprudencia han hecho patente que la obra del juez (…) contiene siempre una **función creadora del Derecho, en mayor o menor medida según los diversos tipos de casos, pero siempre y necesariamente en alguna medida,** incluso cuando esa obra se apoya en una norma general claramente expresada en una ley, que sin duda está vigente, y cuyo sentido se presenta con inequívoca claridad.”[[64]](#footnote-64) (Énfasis propio).

De otro lado, la distinción entre precedente y jurisprudencia, prohijada en la providencia de la que disto, desconoce el sustrato principialístico que permitió su adopción en el sistema normativo colombiano. En efecto, siguiendo la lógica de dicho fallo, la protección de la igualdad, y sus corolarios de seguridad jurídica y confianza legítima en la labor de administrar justicia, solo deberían salvaguardarse cuando el juez no aplica la normatividad existente, sino que la crea, mediante la aducción de normas jurisprudenciales, lo cual, en mi criterio, denota una desafortunada equivocación.

La aplicación e interpretación coherente del Derecho exige que, sin importar los casos sometidos a consideración del operador –que este cuente con norma jurídica aplicable directamente o no– éstos sean resueltos en un mismo sentido luego de que presentan supuestos fácticos y jurídicos similares, dotando así de legitimidad al ordenamiento, pues no de otra forma se garantizan los postulados constitucionales, e incluso convencionales, que imponen la obligación de un trato igualitario por parte de las autoridades judiciales, además de otros referentes axiológicos, como ha sido resaltado por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado[[65]](#footnote-65):

“1) El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; 2) El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; 3) La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; 4) Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; 5) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior”.

Bajo estas consideraciones, la diferenciación propuesta en el fallo del que me aparto no resulta ser del todo certera, ni conveniente; sumado a que, contrario a lo expuesto en dicha providencia, sí existía un precedente judicial vinculante para la solución del caso concreto, vertido no solo en providencias de la Sección Quinta, sino también de las secciones Primera y Tercera de esta Corporación, así como de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que obligaban a acudir a la distinción entre “adición del contrato” y “contrato adicional”, para efectos de examinar la configuración de la inhabilidad endilgada en el asunto de marras, tal y como se pasa a exponer.

**2.4. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO**

Cuando la alteración contractual del negocio jurídico es el supuesto que se ventila para la configuración de la causal de inhabilidad de celebración de contratos, la jurisprudencia de la Sección Quinta ha establecido los eventos en los cuales la reforma del contrato primigenio conlleva la materialización de este motivo de inelegibilidad, así como los métodos que deben ser desarrollados por el operador jurídico para el efecto.

En ese orden, la Sección Quinta afirmó que, teniendo en cuenta las repercusiones que para la democracia se desprenden del ejercicio de la acción electoral –pues puede conllevar la separación del cargo de quien arribó mediante la manifestación mayoritaria de los votantes– el examen de los contratos suscritos durante el plazo que conlleva la inhabilidad debe superar su mera denominación –por ejemplo, prórroga o contrato adicional– ya que el operador jurídico debe sondear su naturaleza con el propósito de establecer si se trata o no de un negocio jurídico que permite la cristalización de la causal de inelegibilidad de que se trata.

Lo anterior significa que, para la Sección Especializada en las causas electorales, no todo acuerdo de voluntades entre las partes supone, *ipso facto*, la materialización de la conducta prohibida, comoquiera que, en todos los casos, debe analizarse si el concurso real de voluntades implica el perfeccionamiento del tipo de negocios que reprocha el ordenamiento. Así, en **sentencia de 20 de mayo de 2004[[66]](#footnote-66)**, señaló:

“…no obstante la presentación externa de un contrato adicional, nada impide que el juzgador se adentre en sus estipulaciones para verificar que en realidad corresponda a un contrato Estatal de esta naturaleza, dado que se halla en juego la democracia y la estabilidad de las autoridades que legítimamente arribaron al ejercicio del poder político por la manifestación mayoritaria de los sufragantes.”

De conformidad con el aparte jurisprudencial transcrito, el principio *pro electoratem*, que prohíja la salvaguarda de los electores sobre los derechos personalísimos del elegido– justifica adentrase en los detalles del acuerdo contractual –sus propósitos, las modificaciones que con él se efectúan– habida cuenta de las fuertes implicaciones que, en esa materia, puede acarrear una decisión anulatoria de la elección.

En ese orden, la Sección ha distinguido entre la suscripción de contratos adicionales en el lapso inhabilitante del año anterior a la elección y el perfeccionamiento de adiciones al negocio en ese mismo periodo, a partir de las cláusulas que con estas figuras se afectan, determinando que la inhabilidad solo tiene lugar en tratándose de la primera, esto es, cuando la alteración irradia el objeto del contrato, ya que nace a la vida jurídica un nuevo negocio.

Es decir que, para el Consejo de Estado las modificaciones de los contratos –que en todos los casos implican acuerdo de voluntades– que llevan a establecer la incursión del elegido en el motivo de inhabilidad de celebración de contratos, son aquellas que se relacionan con la prestación pactada, esto es, con su objeto, pues solo en este caso puede hablarse del perfeccionamiento de un novísimo negocio. Las alteraciones a otro tipo de condiciones, por antonomasia, –como podrían serlo el plazo o la cuantía– no llevan a la cristalización de la causal, pues lejos de tratarse de un contrato adicional, se trata de una adición al acuerdo de voluntades primigenio que no implica la intervención en la celebración de contratos.

Bajo estas consideraciones, la Sección Quinta confirmó la providencia de 25 de febrero de 2004[[67]](#footnote-67), a través de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de la elección de la parte accionada, como concejala del municipio de Fonseca, toda vez que había suscrito dentro de los 12 meses anteriores a la jornada electoral contrato adicional de obra con ese mismo Departamento.

La Sala estimó que:

“…en el contexto de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 artículo 40, el contrato adicional celebrado por el candidato dentro del año anterior a su elección, solamente será inhabilitante en la medida que se ocupe de adiciones al objeto del contrato, pues en la medida que recaiga sobre alteraciones del valor (Vr. Gr. Reconocimiento de un mayor valor por cantidades de obra ya ejecutadas) o del plazo, ha colegirse que no hay un contrato adicional sino una adición o reforma del contrato, que por lo mismo queda descartada como “contrato” para efectos de invalidar la elección de un candidato.”[[68]](#footnote-68)

Para concluir:

“Del anterior material probatorio se desprende, contrario a lo afirmado por la parte apelante, que el Contrato Adicional No. 123-1 no traiciona su naturaleza ni las normas que lo gobiernan, menos aún comprende una adición al contrato inicial No. 123 de 2002, puesto que con el mismo se introdujo una modificación sustancial al objeto del inicialmente acordado, lo cual se infiere de las obras adicionales que en detalle se describen en el Anexo al Contrato Adicional No. 123-1 de 2003 (fls. 43 y 44) y de la suscripción de nuevas pólizas de cumplimiento por parte del contratista.”

En esa medida, el contrato adicional No. 123-1 del 2 de julio de 2003 es un contrato estatal y por lo tanto, da lugar a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 artículo 40, toda vez que su celebración se produjo dentro del período previsto en la norma, a lo cual se suma el hecho de que su ejecución se surtió en la jurisdicción del municipio de Fonseca, lugar donde resultó elegida como Concejal JULIA RAMONA DURÁN URBAEZ.”[[69]](#footnote-69)

En consonancia, la Sección Quinta ha precisado, con apoyo en la jurisprudencia de la Sección Tercera, que tanto el contrato adicional como la adición o reforma del contrato primigenio se fundan en el acuerdo de voluntades de los extremos del negocio jurídico. No obstante, ha manifestado que esta sola circunstancia –el convenio del consentimiento– no lleva a la cristalización de la inhabilidad compendiada en el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, ya que la intervención en la celebración de los contratos con entidades públicas, solo tendrá lugar –en tratándose de estos dos eventos– cuando se suscribe uno adicional, esto es, cuando se altera el objeto del que se estaba ejecutando, lo que descarta el carácter inhabilitante de las simple reformas, que pueden relacionarse con otro tipo de presupuestos del negocio. En tal sentido, en sentencia de **26 de enero de 2006**[[70]](#footnote-70) precisó:

“Finalmente debe advertirse, en relación con la figura de la adición del contrato, que dicha reforma, en cuanto altera las condiciones originales del mismo, exige el acuerdo de las partes sobre todos aquellos aspectos que resulten afectados por dicha modificación. Tal es el caso, por ejemplo, de la ampliación de la garantía constituida, la fijación de nuevas oportunidades para la entrega de bienes e, igualmente, la determinación de nuevos momentos para la realización de los pagos debidos, entre otros. En similar sentido se pronunció esta Corporación al sostener que “en el caso de las garantías mediante seguros, es preciso considerar que obviamente tanto los elementos constitutivos y las formalidades no son iguales para la contratación inicial como para su prórroga o renovación. Un elemental conocimiento de la regulación del contrato de seguro indica que el principio de unidad del mismo redunda en que los anexos necesariamente se refieren a la póliza a que acceden”.

**De lo expuesto se colige, entonces, que son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquél es un nuevo contrato, mientras que ésta es una modificación de un contrato en ejecución, siendo nota diferencial en el primero la afectación del objeto del contrato**.” (Negrilla fuera de texto)

Allí mismo, la Sección manifestó que en lo que refiere a los contratos de prestación de servicios, regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las alteraciones que durante la ejecución se apliquen sobre el plazo –presupuesto connatural a este tipo de negocios– deben ser siempre interpretados como adiciones, que no contratos adicionales, pues no imponen la modificación de su objeto contractual, ya que de llegar a suceder, esa situación conllevaría el perfeccionamiento de un nuevo contrato.

“De manera que, en términos generales, la adición del contrato de prestación de servicios para ampliación del plazo inicialmente convenido, no constituye una figura, per se, incompatible con el carácter esencialmente temporal del contrato de prestación de servicios que celebran las entidades públicas.

Finalmente, respecto de la procedencia del contrato adicional, por razón del plazo, en los contratos de prestación de servicios, baste señalar que, en atención a las consideraciones precedentes, se impone concluir que no siendo el plazo un elemento del contrato que se asimile al objeto, las modificaciones que respecto del factor temporal se introduzcan serán consideradas contrato adicional sólo si dichas modificaciones implican reformas en el objeto contractual. En efecto, mientras por plazo del contrato se entiende el término convenido para la ejecución de las obligaciones pactadas, el objeto es, sin más, el hecho positivo o negativo que debe realizar una de las partes en beneficio de la otra, o las dos partes cuando ambas resultan acreedoras y deudoras en virtud del contrato.”[[71]](#footnote-71)

Del recuento de las anteriores providencias podían extraerse varias conclusiones, que resultaban cardinales para la solución de la controversia en uestión:

(i) La configuración del motivo de inhabilidad contenido en el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 exige que la suscripción del contrato con la entidad pública se haya producido dentro del año anterior a la fecha de elección del alcalde municipal o distrital, sin que la ejecución –aunque ésta coincida con el periodo de la inhabilidad– pueda ser tomada como *“piedra angular”* para la materialización de esta condición de inelegibilidad.

(ii) La estabilidad democrática, entendida como la protección de la voluntad mayoritaria expresada en las urnas, impone al juez electoral efectuar un análisis detallado del contenido de los contratos que se aducen como catalizadores de la causal de inhabilidad, máxime en los eventos en que la presunta suscripción del contrato que se reprocha tiene lugar durante la etapa de ejecución de un contrato primigenio.

(iii) La suscripción de contratos adicionales durante la etapa de ejecución solo materializa la causal de inhabilidad cuando con ésta se afecta el objeto del contrato. Las demás alteraciones –por ejemplo, al plazo, cuantía, etcétera– no deben ser entendidas como contratos adicionales, sino como adiciones a los contratos primigenios, que no generan la inhabilidad reprochada por el orden jurídico.

(iv) El ordinal 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 contiene una causal que, para su entendimiento, debe ser complementada con apoyo en instituciones jurídicas que sobrepasan los límites del derecho electoral, pues se refieren a materias contractuales; práctica que busca la unificación y coherencia del ordenamiento jurídico, pues las nociones de contrato adicional y adición de contrato no podrían significar cosas distintas en materia negocial y electoral.

(v) Las modificaciones que inciden en los plazos del contrato de prestación de servicios son, por regla general, adiciones al contrato que no influyen en su objeto.

**2.5. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO**

La sentencia de la cual me aparto concluyó que el demandado estaba inhabilitado porque el 30 de octubre de 2017 suscribió otrosí del contrato de prestación de servicios celebrado el 26 de enero de 2017. Por tal motivo, estimo conveniente enfatizar en que para la Sección Tercera del Consejo de Estado **el “otrosí”, en principio, no es en realidad un contrato nuevo, sino una adición del existente**.

En efecto, tal autoridad judicial se ha encargado de analizar la naturaleza jurídica de dicha figura, arribando a la conclusión de que a esta se acude **cuando se requiere de la adición o prórroga** del contrato primigenio; es decir, **hace parte del ya existente –adición de contrato–**, y definiendo también en qué casos **se trata de un nuevo contrato.**

En lo que interesa, al medio de control electoral, a la hora de analizar si la firma del otrosí permite la configuración de la causal de inhabilidad de celebración de contratos, los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado constituyen un referente significativo, orientado a que **cuando el contrato principal fenezca y, con posterioridad se firme un otrosí, este último en realidad se trata de un nuevo contrato,** en la medida en que el inicialmente suscrito ya finiquitó.

Es decir, si el otrosí se firmó una vez fenecida la etapa contractual no es dable definirlo como contrato adicional, sino que sin lugar a dudas se tratará de un contrato diferente al primigenio.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 **se presentaron casos de adiciones y prórrogas contractuales** celebradas en su vigencia, pero que correspondían a obligaciones primigenias contraídas con anterioridad a dicho marco normativo. En aquellos casos, la Sección Tercera determinó que los **contratos adicionales, entiéndase otrosíes** deben regirse por la normativa vigente al momento de la celebración de **contrato principal, lo que refuerza la tesis según la cual el otrosí que implica adición o prórroga no es un contrato nuevo o independiente del original, sino una adición contractual.**

Lo anterior se explicó en sentencia de **30 de octubre de 2003**[[72]](#footnote-72) en los siguientes términos:

“Con el nuevo Estatuto de Contratación, ley 80 de 1993, el legislador determinó que los contratos como los procedimientos tanto de selección como judiciales en curso, se regirán por la norma anterior y además limitó, en forma expresa, el inicio de la entrada en vigencia de determinados artículos. Pero en este caso surge el interrogante ¿qué pasa con los contratos adicionales suscritos en vigencia de la ley 80 de 1993 pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983? ¿Cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato? La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior vigente o que los contratos en curso continuarían sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

“**Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia – mas no su validez – como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó**”.

Más adelante, en **sentencia de 11 de febrero de 2009**[[73]](#footnote-73) la Sala afianzó la misma perspectiva frente al régimen legal aplicable a los **contratos adicionales**:

“Conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 –o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia”.

Recientemente dicha Sección, en **fallo de 10 de mayo de 2017**[[74]](#footnote-74)explicó también lo que debe entenderse por **adición al contrato**, tal y como sigue:

**“**La justificación que sirve de apoyo a la tesis trazada y que para el caso concreto resulta de suma relevancia por la estrecha coincidencia que guarda, radica en que **las prórrogas y/o lo contratos adicionales y/o otrosíes, no obstante fungir como mecanismos para introducir algunas modificaciones al contrato inicial, ya sea en su plazo, valor, alcance o ajuste obligacional, en cualquier caso y comoquiera que no trastornan o desdibujan su objeto, no constituyen un nuevo acuerdo, por manera que derivan su existencia del contrato primigenio y de allí penden los elementos de su esencia. Dicho en otras palabras, sin la previa existencia del contrato original, el contrato adicional, su prórroga o su otrosí no estarían llamados a subsistir**”.

Quiere decir lo anterior, que a la hora de determinar **la naturaleza jurídica del otrosí** **se debe verificar: i) si el mismo modifica el objeto contractual para de allí lograr desentrañar si es un nuevo contrato o si simplemente hace parte del principal**, pues en palabras de la Sección Tercera *“…****sin la existencia del negocio primigenio, el otrosí no habría tenido vocación para emerger por sí solo a la vida jurídica****[[75]](#footnote-75), en tanto la causa medular que motivó su suscripción fue la de prolongar el término contractual del inicial a efectos de obtener claridad en las cuentas y saldos para lograr así su liquidación, sin perjuicio de que en ese lapso el contratista siguiera ejecutando las actividades convenidas tres años atrás y obteniendo los ingresos procedentes de su explotación”*.

Considero necesario destacar que **si no existe modificación del objeto contrato sino la mera prorroga**, no resulta procedente concluir que se trata de la celebración de un **nuevo negocio jurídico** sino de la **ampliación del ya suscrito o pactado**.

Sumado a lo anterior he de manifestar que en **sentencia de 9 de noviembre de 2016**[[76]](#footnote-76), precisó que la **prórroga del contrato es ajena y posterior a la celebración del contrato principal**, así:

“En *primer lugar*, el *supuesto típico* se presenta cuando **durante la ejecución del contrato, y usualmente cerca al vencimiento del plazo, las partes deciden si lo prorrogan o no**. Para el Despacho, en este evento el acto administrativo que adopte la Administración tiene **naturaleza *contractual***, **porque la decisión no se expide de manera previa a la celebración de un contrato, sino, precisamente, en el marco de uno que está en ejecución**.

La calidad de contractual se explica, además, por el hecho de que todos los actos proferidos con posterioridad a la firma del contrato tienen esa naturaleza, y esta no es la excepción, pues con ocasión de su firma y posterior ejecución surgirá la posibilidad de decidir si se prorroga o no el contrato. Si no fuera así, no podría tratarse de una prórroga, que, necesariamente, supone la existencia de un negocio jurídico con base en el cual se toma la decisión.

Por oposición, la naturaleza de esta decisión no debe considerarse a partir de la óptica del contrato que surgirá, porque la prórroga aparece con ocasión del contrato que ya existe. Como consecuencia, la relación contractual pre-existente determina la clase de decisión, al paso que los actos administrativos pre-contractuales suponen la inexistencia de una relación contractual y en su lugar la preparación de un negocio jurídico que se celebrará.

A partir de una lectura pacífica de los anteriores pronunciamientos, se puede colegir que para la Sección Tercera, **no hay duda** que si el otrosí, en principio, **no modifica el objeto contractual y se dicta en vigencia del contrato principal; en realidad se trata de una adición a un contrato existente, que, según las circunstancias del caso, no se podrá tener como un nuevo contrato.**

**2.6. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO**

La distinción entre los conceptos de contrato adicional y adición de contrato ha sido también un punto denominador común en la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado al fungir como juez de la pérdida de investidura de los miembros de corporaciones públicas, distintas al Congreso de la República.

En tal sentido, en **sentencia de 10 de noviembre de 2016[[77]](#footnote-77)**, en la que se replican la línea jurisprudencial erigida por la Sala Especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado, que las modificaciones aportadas al valor del contrato de prestación de servicios suscrito por el concejal demandado, no podía ser tenido como un contrato adicional, perfeccionador de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3º[[78]](#footnote-78) del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y, por consiguiente, del motivo de desinvestidura plasmado en el artículo 55[[79]](#footnote-79) de ese mismo estatuto normativo. Al respecto, se sostuvo:

“De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes enunciados, el contrato adicional que puede comportar la configuración de la causal consagrada en el artículo 43, numeral 4, de la Ley 136 de 1994 es el que varía el objeto del contrato inicial, pero **la adición al contrato inicial para modificar sólo el valor o plazo del mismo, no puede ser considerada como contrato adicional y configurar la causal examinada.**

Por consiguiente, el contrato “Adicional No. 1 al 034-DP-97 de prestación de servicios de representación judicial celebrado entre Defensoría del Pueblo y Edgar Higinio Villabona C.”, el 21 de marzo de 1997, no puede ser considerado como “contrato” para efectos de invalidar la elección del candidato demandado, máxime cuando en su Cláusula Quinta Ratificación, claramente se estipuló: *“las demás estipulaciones contractuales conservaran su vigencia”*. (Negrilla originales)

De lo anterior se tiene que para determinar el alcance de la condición de inelegibilidad, catalizadora de la pérdida de investidura, a saber, la celebración del contrato dentro del periodo inhabilitante de 6 meses en lo que respecta a los concejales, esta Corporación ha empleado las especificaciones conceptuales relativas a la adición del contrato y el contrato adicional sobre la base de los presupuestos del negocio que se alteran con su suscripción, pues si recae en el objeto se tratara de un contrato nuevo; en sentido contrario, de una mera modificación que no se categoriza como tal.

Ello se justifica, como se explicó luego de que se trajo a colación el precedente de la Sección Quinta, no solo en razonamientos que se decantan del derecho público contractual, sino a la vez en consideraciones provenientes del derecho civil, en donde la afectación del objeto del contrato, a saber, de la prestación a la que se han obligado las partes, fenece el negocio jurídico primigenio, dando paso a uno nuevo, en lo que se conoce con el nombre de novación contractual, figura jurídica definida como “…*la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.”*

La modificación de la obligación originaria produce entonces una alteración que conlleva sostener que resulta ser una prestación distinta a la convenida primariamente por las partes. De allí que pueda manifestar que no todo acuerdo de voluntades suponga la celebración de un contrato, como de forma indebida, en mi sentir, lo establece la providencia frente a la cual salvo mi voto.

**2.7. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Las irradiaciones de la jurisprudencia constante y pacífica del Consejo de Estado, en punto de las nociones de contrato adicional y adición de contrato, han llegado incluso a permear la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional en el desarrollo de su labor de guardiana de la Carta Política de 1991, teniendo como ejemplo conspicuo de esta premisa la sentencia C-300 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En aquella oportunidad, la alta Corporación hizo frente a los cuestionamientos formulados contra el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007[[80]](#footnote-80), relativo a la prórroga o adición de los contratos de concesión de obra pública que, en sentir del accionante, vulneraba los principios de moralidad y transparencia administrativa, pues, so pretexto de la adición de la concesión, la norma permitía la ejecución de obras nuevas desligadas del objeto que justificaba la existencia de ese negocio, en desmedro del principio del deber objetivo de selección, traducible en la adjudicación, por regla general, de los contratos públicos a través de la vía de la licitación.

Para dilucidar el tema, el máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional distinguió, a partir de los postulados del artículo 1501[[81]](#footnote-81) del Código Civil, los presupuestos esenciales, naturales y accidentales de cualquier negocio jurídico, con apoyo en las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, manifestando que los primeros eran aquellos sin los cuales el contrato degeneraba en uno cualquiera; en tanto los segundos se entendían incluidos sin estipulación contractual que así lo dispusiera. Todos los demás se constituían en elementos accidentales sobre los cuales podían recaer las modificaciones convenidas por las partes, sin que el contrato principal se alterara en su esencia. En ese orden, la Corte explicó:

“Por último, es preciso resaltar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales”.

Bajo estas disquisiciones, el Alto Tribunal Constitucional sostiene que el plazo y el precio de los contratos, incluidos los públicos, se presentaban como presupuestos accidentales que podían ser reformados, sin que se predicara en la materia la suscripción de un nuevo contrato o un contrato adicional. Al respecto, señaló:

“El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el **plazo** es un elemento accidental del contrato –no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en **sentencia del 24 de agosto de 2005**, afirmó:

*“Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘… aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente’. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato.”*

Lo mismo ocurre con el **precio**, cuya adición, de conformidad con esta misma providencia, es además expresamente autorizada por el artículo 40 de la ley 80, siempre y cuando no exceda el 50% del valor inicial.”

Conclusión que no podían ser extensible al objeto del contrato, cuya variación conllevaba, en principio, la suscripción de un contrato adicional, lo cual fue explicado, tal y como sigue:

“… la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato, permitir lo contrario conllevaría a autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. En este sentido debe entenderse el citado concepto de 18 de julio de 2002 sobre el contrato de obra. Ciertamente, en el caso de un contrato en particular, es posible la inclusión de mayores cantidades de obra sin que ello siempre signifique la transformación del objeto. Esto lleva a la Corte a recordar que el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normatividad que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato.”

De lo anterior se desprende que para la Corte Constitucional también resulta relevante elucidar el contenido de la alteración de la relación negocial primigenia, con miras a relievar las consecuencias jurídicas de ese subsiguiente acto dispositivo, pues de llegar a ser un nuevo contrato, otros serían los referentes normativos que gobernarían su validez.

**2.8. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Las implicaciones de la diferenciación entre contrato adicional y adición de contrato irradian igualmente los contornos del derecho penal, pues es sobre la base de esta distinción que ha podido determinar la tipificación o no del ilícito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, cuyo entendimiento exige la apropiación de elementos, por decir lo menos, extraños al ámbito del derecho sancionatorio, constituyendo un ejemplo fidedigno de un tipo penal en blanco, textura que en mi concepto posee igualmente el motivo inhabilitante contenido en el numeral 3º de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000, relativo a la celebración de contratos dentro del año anterior a la fecha de la elección.

En ese orden, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de **8 de noviembre de 2017**[[82]](#footnote-82), enfatizó en estos dos conceptos para establecer si, como lo sostenía la defensa del inculpado, las modificaciones realizadas al contrato de obra suscrito por aquel, en su calidad de Gobernador del Departamento de Arauca, respondían a adiciones del contrato –por su mínima envergadura– o se trataba, como lo afirmaba la Fiscalía, de importantes alteraciones que pretendían subsanar las irregularidades en que se había incurrido dentro del periodo precontractual, relativas a la falta de diseños, y en general a la carencia de estudios previos que sustentaran la celebración del negocio posteriormente.Pues bien, para dilucidar ese punto, la Sala Penal abordó el estudio, así:

“Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 omite definir la adición de los contratos estatales sí los autorizó hasta el 50% del valor inicial, siempre y cuando, obviamente, respete los principios de planeación y economía. Es decir, procede cuando en desarrollo de la ejecución del contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.

La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual.

Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido.

La ejecución de las obras adicionales o complementarias (en el contrato adicional) no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias. Para su reconocimiento es imprescindible la suscripción de un contrato adicional.”

Siguiendo la jurisprudencia construida por el Consejo de Estado para el efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó que el punto de inflexión de la diferencia entre los conceptos de contrato adicional y adición de contrato, se encuentra no en la ampliación que al objeto del negocio primigenio puedan aportar las partes, sino en la variación que de la prestación subyacente al contrato, pueda aplicarse.

La adición es entonces la respuesta que la legislación contractual permite frente al supuesto en que, como consecuencia de una planeación indebida, no se determina con exactitud las cantidades de obra a desarrollar, circunstancia que conlleva la ampliación del objeto, que no lo varía sustancialmente, solo lo acrecenta desde un punto exclusivamente cuantitativo.

Por su parte, el contrato adicional supone una alteración a su objeto, que no hacen parte de éste y que, por ende, lo muestran como algo novedoso respecto de las obligaciones originales que se imponían a cada una de las partes, aunque puedan relacionarse con aquéllas.

Bajo ese derrotero, la Sala Penal del máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria concluyó que los cambios acaecidos dentro del periodo de ejecución del contrato de obra investigado, correspondían a contratos adicionales que podían ser tenidos como autónomos e independientes del primigenio, que llevaban a establecer que el procedimiento de selección de contratistas adolecía de falencias que supusieron su posterior corrección, no en detalles, sino en aspectos que cristalizaban nuevos contratos.

En ese punto, en la referida providencia se explicó:

“En suma, las obras contratadas no eran iguales, como debía ser, a las contenidas en los estudios y diseños presentados definitivamente por la firma constructora después de celebrado el contrato, sin que ello obedeciera a que en el proceso de ejecución se presentaran circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y estudios técnicos iniciales que condujeran a reajustar, adicionar, ampliar o cambiar el objeto del contrato, como lo plantea la defensa; sino a que los trámites de selección del contratista y celebración del contrato se adelantaron con estudios incompletos, los que se tornaron en definitivos después de ser reformados y entregados por la consultora al contratista tras iniciar las obras, de ahí las discrepancias encontradas y que condujeron a la administración departamental a suspender el contrato.

Nótese entonces que la celebración de contratos, incluso como tipo penal, se mira desde el punto de vista de la existencia de dicho acto jurídico, para lo cual resulta poderosamente ilustrativa, y por demás determinante, la distinción entre “adición del contrato” y “contrato adicional”.

**2.9.** **DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO ADICIONAL Y ADICIÓN DE CONTRATO EN ANÁLISIS GLOBAL**

De conformidad con los anteriores antecedentes jurisprudenciales, queda en evidencia que tanto para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como para la Constitucional y Ordinaria el otrosí no implica nuevo contrato, desde que se suscriba dentro del término de ejecución contractual y no se modifique el objeto pactado, ya que variaciones en aspectos como el plazo y el precio no tienen el potencial de estructurar la denotada consecuencia jurídica. Había entonces, contrario a lo señalado en el fallo del cual disiento, un claro, marcado, reiterado y pacífico precedente judicial en torno a la forma en que debía acometerse el estudio de la causal establecida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

La distinción entre contrato nuevo y adición del existente resultaba de vital importancia para el caso objeto de análisis y su consecuente decisión por la mayoría de la Sala, pues recordando que la inhabilidad que se encontró configurada fue la de **celebración de contrato** no era posible desconocer la definición del juez natural y especializado –ni de todo el universo jurídico alimentado por otros órganos jurisdiccionales de cierre en el mismo sentido– según la cual es necesario determinar la naturaleza jurídica del otrosí para saber si se aviene a alguna de tales categorías, pues de allí se desprende la conducta de celebrar contrato.

Para el efecto, arribando al caso concreto, se debía destacar que **el otrosí a partir del cual la Sala mayoritaria encontró configurada la inhabilidad irrogada al demandado, en realidad se trató de una prórroga del contrato principal**, pues alargó su etapa de ejecución de 10 a 2 meses y, consecuencialmente, fijó el pago del periodo adicional a favor del contratista, valga señalar, sin modificar, la cifra correspondiente a las mensualidades ya pactadas y, por supuesto, se mantuvo la necesidad de presentación de informes.

De acuerdo con lo anterior, es claro que en el presente asunto el otrosí firmado no modificó el objeto contractual (servicios jurídicos para apoyar el seguimiento a planas, programas, estrategias y políticas como jurídicamente las necesidades que surjan en materia de agua potable y saneamiento básico en el departamento de Bolívar), **sino que simplemente amplió su periodo de ejecución, antes de la finalización del contrato primigenio, lo que quiere decir que no se trató de la celebración de un nuevo contrato, sino de la prórroga del celebrado por fuera del periodo inhabilitante.**

Así las cosas, al no existir celebración de un contrato dentro de ese interregno, no había posibilidad alguna de tener por configurada la circunstancia de inelegibillidad en cuestión; razón de más para apartarme de la sentencia de la referencia, a las cuales, por si lo dicho no fuera suficiente, había que añadir que, según las pruebas que obran en el expediente la prórroga del contrato fue solicitada por el **supervisor del contrato, sin que se hubiese demostrado, para tal efecto, la participación del demandado en estas diligencias.**

**2.10. EL DEMANDADO PUSO DE MANIFIESTO LA EXISTENCIA DE UN PRECEDENTE EN TORNO A LA INEXISTENCIA DE UN NUEVO CONTRATO**

La Sala de Decisión de la que hago parte manifestó, en el fallo de la referencia, que las sentencias traídas a colación por el recurrente no disponían de vocación de precedente para la adopción de una decisión en el *sub judice,* ya que no establecían una regla de derecho aplicable a una situación similar[[83]](#footnote-83).

Así las cosas, lo fáctico de los asuntos puestos a consideración por el demandado fue diferenciado de los hechos que dieron lugar a su litigio, puesto que no existía similitud entre los eventos estudiados, aunado al hecho de que las sentencias no construían una regla judicial para la interpretación de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, relativo a la celebración de contratos dentro del periodo de un (1) año anterior a la fecha de la elección del demandado.

A decir verdad, la providencia acogida por la mayoría no recabó –como debió haberlo hecho– en la **semejanza** entre los eventos parangonados, sino –equivocadamente– en **la igualdad absoluta**, desconociendo que los asuntos relacionados en esta oportunidad guardaban una convergencia en lo factual.

En el *sub judice*, la configuración del motivo inhabilitante referido con antelación se derivó de la adición que dentro del periodo inhabilitante suscribió la parte accionada a un contrato de prestación de servicios que aquel había suscrito por fuera del mismo. Los trazos característicos de este evento se encontraban en la reforma contractual, perfeccionada dentro del periodo de configuración del motivo de inelegibilidad, punto esencial que se reproducía en todos los asuntos puestos a consideración de la Sala por parte de quien interpuso el recurso de alzada, tal y como se colige del siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **Identificación de la Sentencia** | **Supuesto fáctico alegado** |
| Sentencia de 31 de octubre de 1995. Radicación 1438. Demandado: Alcalde del Banco (Magdalena) | Los demandantes alegaban la configuración de la causal de inhabilidad de celebración de contratos dentro del año anterior a la inscripción del demandado[[84]](#footnote-84) como candidato a la Alcaldía del Banco – Magdalena, comoquiera que, por interpuesta persona, éste había modificado el objeto del contrato de obra –consistente en la remodelación de la Cárcel de ese municipio– mediante la suscripción de un acta de compensación de trabajos, que le imponía la realización de algunas labores en reemplazo de otras que habían sido inicialmente pactadas. |
| Sentencia de 20 de mayo de 2004. Radicación 2003-00872-01. Demandado: Concejal de Fonseca – La Guajira. | La parte accionante cuestiona la suscripción del contrato adicional nº. 123-1 de 2 de julio de 2003 por parte de la Concejal demandada, negocio jurídico que habría alterado el objeto contractual del negocio jurídico que la acusada había firmado previamente con la Gobernación de dicho departamento, cuya ejecución se adelantaría en el municipio de Fonseca. |
| Sentencia de 26 de enero de 2006. Radicación 2005-02985. Demandado: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo. | El demandado firmó dentro del periodo inhabilitante una prórroga del contrato de prestación de servicios profesionales que habría suscrito con el INPEC en su calidad de odontólogo. |
| Sentencia de 4 de diciembre de 2008. Radicación 2008-00062-01. Demandado: Concejal de Sogamoso. | El concejal demandado fue acusado de haber incurrido en el motivo de inhabilidad de celebración de contratos dentro del año anterior a su elección, por cuanto, en su condición de miembro principal del consejo superior de la cooperativa COOMAFRUVES, suscribió prórrogas al contrato de arrendamiento que esa organización había celebrado con el municipio de Sogamoso. |
| Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 2015-00475-01. Demandado: Concejal de Pereira. | En esa oportunidad, se analizó el caso de una concejal que el 20 de enero de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios con el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira por el término de 10 meses. Y el 26 de noviembre de 2016 fue prorrogado por 20 días más. |

La reforma contractual durante el periodo de la inhabilidad fue, en todos esos eventos, la *“piedra angular”* de las demandas de nulidad electoral propuestas en aquellos casos, resueltas con fundamento en la distinción entre contrato adicional y adición de contrato, lo que determinó el alcance de la condición de inelegibilidad compendiada en el numeral 3º de la Ley 136 de 1994, estableciendo en esa materia una regla jurisprudencial, traducible en el siguiente apotegma:

“La suscripción de contratos adicionales durante la etapa de ejecución solo materializa la causal de inhabilidad cuando con ésta se afecta el objeto del contrato. Las demás alteraciones –por ejemplo, al plazo, cuantía, etc. – no deben ser entendidas como contratos adicionales, sino como adiciones a los contratos primigenios, que no generan la inhabilidad reprochada por el orden jurídico.”

La similitud entre los supuestos fácticos debía conllevar la existencia de un precedente para la resolución del asunto puesto a consideración de la Sala Especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado.

Por otro lado, la sentencia frente a la que salvo mi voto afirmó que la inexistencia de precedente podía colegirse igualmente del hecho de que la prohibición del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 no fue abordada, en ninguna de estas sentencias, desde la perspectiva finalística del derecho electoral, que otorga prevalencia al electorado y no simplemente a quien fue demandado. En ese orden expresó:

“Así, aunque existen varias sentencias en las que se usó las figuras de “adición al contrato” y “contrato adicional” para determinar cuándo se podría configurar la inhabilidad objeto de estudio, lo cierto es que aquellas solo adquieren el carácter de jurisprudencia, pero no de precedente comoquiera que en ninguna de ellas ni se fijó una regla o subregla para examinar la inhabilidad del contrato, **ni se analizó esa prohibición desde la perspectiva del derecho electoral, esto es, donde tiene prelación el derecho del electorado y no únicamente los del elegido**.” (Negrilla fuera de texto)

Contrario a lo que señaló el fallo respecto del cual elevo este voto disidente, la teleología del derecho electoral y sus repercusiones democráticas, fueron debidamente evaluadas en cada una de las decisiones mencionadas. Así, en la sentencia de 31 de octubre de 1995, radicación 1438, la Sala sostuvo:

“Precisado lo anterior, y como consecuencia, el análisis de la Sala se concentrará en primer término en determinar si el acta de compensación de obra que aparece firmada el 29 de noviembre de 1993, **constituye para los solos efectos de la inhabilidad**, un nuevo contrato o un contrato adicional del celebrado el 30 de julio de 1993 o si, por el contrario, hace parte de la etapa contractual posterior a la celebración del anteriormente citado.”

Se decanta de lo anterior que los alcances e implicaciones de las reformas contractuales fueron analizadas en clave de la inhabilidad alegada, pues determinar si el acuerdo de voluntades celebrado en aquella época por la parte accionada constituía o no un contrato nuevo era el eje central para establecer la configuración de la causal de inhabilidad de celebración de contratos.

En ese mismo orden, la providencia de 20 de mayo de 2004, radicación 2003-00872-01, explicó que adentrase en lo sustancial del pacto celebrado por el acusado dentro del periodo inhabilitante era cuestión fundamental, habida cuenta del favorecimiento electoral que había recibido de las mayorías. Al respecto, se consideró:

“Sin embargo, para la Sala el planteamiento requiere de un estudio más profundo respecto de la naturaleza jurídica del contrato adicional, puesto que el solo revestimiento formal del acuerdo bajo el nombre de contrato adicional, no le otorga esa naturaleza, es necesario que se estudie en el fondo lo allí plasmado, para que analizado a la luz de la normatividad jurídica existente al respecto y de los pronunciamientos de la jurisprudencia de esta Corporación, se establezca si en verdad lo allí consignado es un contrato adicional **o si por el contrario se trata de otro acuerdo irrelevante en el plano electoral, donde se protegen valores fundamentales de nuestro Estado Social de Derecho como son la democracia y el derecho a la igualdad.**” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Quedan derruidas así las consideraciones que sustentaron la declaratoria de inexistencia de precedente judicial para la resolución del caso sometido al juicio de la Sala, en contraposición a lo acertadamente se había argüido a lo largo de todo el proceso a instancia de la parte demandada.

**PARTE III**

**JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

**3.1. PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA ANUNCIADA[[85]](#footnote-85)**

Antes que nada, tal y como lo he defendido desde los comienzos de la figura en la Sección Quinta del Consejo de Estado, la jurisprudencia anunciada es un instituto jurídico que tiene por objeto diferir la aplicación de una regla de derecho decantada por vía jurisprudencial, con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas de los ciudadanos que encuentran cobijados por la confianza que le genera la defensa histórica de determinada postura por parte de la autoridad judicial.

Dentro de sus principales soportes axiológicos se encuentra el principio de la buena fe[[86]](#footnote-86); aunque otras posturas ubican el sustento de esa confianza en referentes superiores[[87]](#footnote-87), e incluso líneas argumentativas que pregonan su subsistencia a partir de una multiplicidad de fundamentos[[88]](#footnote-88).

En cualquiera de los casos, la confianza legítima, y con ella la garantía de protección a las expectativas legítimas, se presenta como una de las manifestaciones del establecimiento de un orden justo al interior del Estado colombiano, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º[[89]](#footnote-89) de la Constitución Política de 1991.

En este sentido, el orden justo plasmado por el Constituyente supone, sin hesitación alguna, la existencia de “un marco de reglas estables y previsibles”[[90]](#footnote-90), en el que los asociados puedan desenvolverse[[91]](#footnote-91), pues lo contrario conllevaría la anarquía y la confusión social.

Por lo anterior, esta facultad en beneficio de los ciudadanos, consistente en fundar sus comportamientos y sus conductas en un ambiente jurídico constante y duradero, permite la aparición de la confianza en las relaciones que se materializan entre los administrados y las autoridades públicas, como bien jurídico tutelable en el ordenamiento, toda vez que *“la confianza en el Estado no es sólo deseable, sino también jurídicamente exigible”*[[92]](#footnote-92)

En palabras de la Corte Constitucional, la confianza legítima *“propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad en la relación que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares…”[[93]](#footnote-93),* materializando de esta forma el asentamiento de un orden justo; objetivo primordial del Constituyente.

Por otra parte, a pesar de que el mencionado principio de protección no cuenta con una disposición expresa en la Constitución Política de 1991 y su subsistencia haya debido ser decantada de diversas disposiciones constitucionales, lo anterior no se ha constituido en obstáculo para que la jurisprudencia[[94]](#footnote-94) lo haya reconocido con carácter autónomo respecto de sus soportes.

Así, este referente axiológico dispone de una proyección independiente, que tiende a salvaguardar las expectativas legítimas de los asociados frente a los cambios abruptos e inesperados en las actuaciones de las diferentes entidades que componen el Estado.

En conclusión, la confianza legítima se constituye en una garantía que ofrece *“…* ***protección a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados respecto a la estabilidad y proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas y propiciadas o toleradas por el propio Estado****”*[[95]](#footnote-95).

Se trata entonces de una figura jurídica que resguarda las posibilidades razonables que han surgido en el intelecto de los administrados frente a las circunstancias siempre cambiantes que puedan experimentarse en los diversos ordenamientos jurídicos.

En este orden, el principio establece una obligación en cabeza de las autoridades, pues toda modificación operada sobre el régimen normativo, debe acompañarse de un período de transición, con el fin de que los particulares adecúen sus actuaciones a una nueva realidad jurídica.

Por ende, la confianza legítima no ampara las “situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido”[[96]](#footnote-96), toda vez que éstas resultan, generalmente, inmodificables. Se trata de una regla de previsibilidad otorga mayor legitimidad al orden vigente, pero que, en todo caso, propende por la protección de las posiciones jurídicas susceptibles de alteración, por lo cual su cometido se centra en salvaguardar las *“…expectativa[s] en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente”*[[97]](#footnote-97)*.*.

Partiendo del hecho de que la mayor parte de las conductas desplegadas por las autoridades estatales disponen de la identidad jurídica para engendrar **expectativas legítimas** en los particulares[[98]](#footnote-98), la protección de la confianza legítima se presenta como un principio fundante en la actividad del Estado[[99]](#footnote-99).

Significa lo anterior que ninguna entidad se encuentra facultada para transfigurar súbitamente las reglas de juego que han guiado sus relaciones con los asociados, sin que se ofrezca un período de gracia para que estos últimos adapten sus comportamientos al nuevo contexto normativo.

Así, resulta probable que el actuar estatal se constituya en fuente de expectativas legítimas[[100]](#footnote-100) y que las mismas, sean defraudadas en sede administrativa, legislativa o, inclusive, judicial[[101]](#footnote-101).

De esta manera, en el contexto de los vínculos que se tienden entre los administrados y la administración, tal confianza puede fundarse, sin pretender la exhaustividad, en la autorización o tolerancia que ésta ofrece a ciertas situaciones irregulares que se desarrollan de manera habitual[[102]](#footnote-102), en la reiteración de posturas y criterios que orientan y determinan el actuar administrativo.

El principio de la confianza legítima irradia igualmente las actuaciones de los operadores jurídicos, ya que su ámbito de aplicación *“no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados,* ***sino que irradia la actividad judicial.”*[[103]](#footnote-103)**(Negrilla fuera de texto.)

Resulta apenas obvio que como los asociados exigen que la administración pública sea coherente en su actuar, luego de que ésta decide asuntos de similar naturaleza, los ciudadanos cuentan[[104]](#footnote-104), igualmente, con el derecho a que sus expectativas legítimas se amparen frente a la aplicación e interpretación que de la ley efectúan los operadores jurídicos[[105]](#footnote-105), puesto que, *“el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en el Estado como administrador de justicia”*[[106]](#footnote-106).

En este contexto, lejos de ejercer una función unívoca, ha cumplido una multiplicidad de cometidos en sede jurisdiccional, habida cuenta de que ha sido empleada tanto por quienes acuden a las instancias judiciales para dirimir sus litigios y controversias como por quienes tienen a su cargo la administración del poder público.

En el primero de los casos, ha sido utilizado por los particulares como un **instrumento para la protección de sus derechos y libertades fundamentales,** como en aquellos supuestos en los que se han visto involucrados comerciantes informales, donde, bajo la égida del referido principio, la Corte Constitucional ha amparado el derecho fundamental al trabajo de éstos frente a decisiones de la administración que vienen a trastocar su expectativas legítimas creadas con anterioridad[[107]](#footnote-107).

Este carácter instrumental ha sido igualmente entendido como un requisito *sine qua non* para la puesta en marcha de los derechos contenidos en la Constitución Política de 1991[[108]](#footnote-108).

Y por otro lado, como referente axiológico usado por los operadores jurídicos, la protección de la confianza legítima ha sido empleada como limitante respecto de los principios de independencia y autonomía que caracterizan la función jurisdiccional. En este sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sostenido:

“…cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto…”, dicha interpretación auténtica no puede ser desconocida por los jueces, “…bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, **en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones**, sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.” [[109]](#footnote-109) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo, la confianza legítima que suscita en los administrados las diferentes actuaciones de los operadores jurídicos, ha originado, correlativamente, una obligación en cabeza de éstos, luego de que deciden apartarse de los precedentes judiciales, toda vez que la carga argumentativa en estas circunstancias tiende a reforzarse, *“… pues (…) el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional”*[[110]](#footnote-110).

Entonces, es dable concluir que la confianza legítima tiene como principal objetivo atemperar los traumatismos por el cambio o reforma en la aplicación o interpretación de las disposiciones normativas por parte de los jueces.

Sin embargo, debo aclarar que no todas las expectativas suscitadas por las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación del ordenamiento, pueden constituir objeto de tutela jurídica, mediante la invocación del principio de la confianza legítima. En estos términos, sólo las expectativas ciertas, fundadas y plausibles son susceptibles de protección[[111]](#footnote-111).

**3.2. ELEMENTOS DEL TEST DE CONFIANZA LEGÍTIMA A PARTIR DE LOS FALLOS JUDICIALES**

Con el objetivo de determinar si una situación de confianza es o no protegible jurisdiccionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación[[112]](#footnote-112), en algunos casos con apoyo en la doctrina[[113]](#footnote-113), ha erigido un test, fundado en diversos presupuestos, que se enuncian a continuación:

1. **Existencia de una base objetiva de la confianza**

En cuanto a este parámetro, se advierte que para que pueda demostrarse la existencia de una base objetiva de la confianza, la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido[[114]](#footnote-114), de una parte, que se presenten signos externos concluyentes, entendidos como comportamientos estatales *“… homogéneo(s) y constante(s) que conlleve(n) a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima”*[[115]](#footnote-115). Y de otra, que dichos signos externos deben poseer la vocación de originar expectativas en los asociados.

1. **Legitimidad de la confianza**

No basta con la existencia de una base objetiva que permita generar confianza en los asociados. Se requiere igualmente que la confianza que éstos albergan sea legítima, es decir, que sea justificada a partir de los hechos inequívocos que pueden identificarse en la realidad.

En este punto, huelga advertir que el carácter legítimo de la confianza debe ser diferenciado de su carácter legal, pues si bien, en muchos casos, ésta se aviene a las disposiciones normativas del ordenamiento, ello no siempre resulta así.

En palabras de la doctrina *“…cuando se habla de confianza legítima se está haciendo referencia a la confianza justificada, esto es, a aquella que se soporta en circunstancias objetivas, plausibles, razonables, y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.”*[[116]](#footnote-116)

1. **La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza**

Este presupuesto hace referencia a que las conductas y actuaciones que fundan la confianza de los ciudadanos, dispongan de una identidad jurídica tal, que estos últimos desplieguen comportamientos *“…que pongan de manifiesto su confianza ante el actuar estatal.”*[[117]](#footnote-117)

Ahora bien, si los anteriores presupuestos permiten advertir la existencia de una situación generadora de confianza que amerita ser salvaguardada por el ordenamiento, lo cierto es que su amparo sólo puede predicarse, luego de que la misma resulta defraudada por maniobras sorpresivas e intempestivas de los operadores judiciales, que no son acompañadas de medidas de transición.

De allí que la activación del principio de protección de la confianza legítima se encuentre supeditada, en lo que al campo de la jurisdicción atañe, al resquebrajamiento de las expectativas plausibles de quienes acuden a ella en aras de poner término a los conflictos y controversias en los cuales están inmiscuidos.

**3.4.** **LÌMITES RAZONABLES A LA JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

Lo anterior, puede tener lugar, entre otros supuestos, luego de que los operadores jurisdiccionales deciden apartarse o modificar los criterios que sirvieron de base en el pasado a interpretaciones y aplicaciones razonables, consistentes y uniformes de la ley, sin que por ello la confianza legítima pueda ser entendida en estos asuntos como “camisa de fuerza” que impida la evolución de la jurisprudencia.

En efecto, la confianza legítima en la decisión de los jueces no implica una “inamovilidad” en las posturas jurisprudenciales, pues es función de la jurisprudencia adaptar el derecho legislado a las circunstancias siempre cambiantes que presenta la realidad, lo que conlleva naturalmente a un dinamismo del derecho pretor.

Un entendimiento de este principio, en los términos expuestos, haría nugatoria la posibilidad de evolución de las reglas existentes en los diferentes sistemas jurídicos, puesto que de igual forma como los hechos preceden al derecho, la jurisprudencia precede, por regla general, la positivización de las normas[[118]](#footnote-118).

Así las cosas, la confianza legítima brinda garantías a los administrados, luego de que los operadores jurídicos deciden efectuar cambios en la hermenéutica de las previsiones normativas que componen el ordenamiento jurídico colombiano.

Dentro de las manifestaciones más notables de este referente axiológico, en este punto específico, figuran, además de la carga argumentativa que deben desarrollar los jueces en las providencias en las que operan las modificaciones de origen jurisprudencial, instituciones como la de la **jurisprudencia anunciada**, que se presenta como una salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados.

En punto a la carga argumentativa que debe ser desplegada por los jueces, el inciso 3º del artículo 103 del CPACA dispone que ***“[e]n virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”***.

Y esto es así, por cuanto, como se expresó de manera precedente, *“(…) el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional”*.

Empero, se ha entendido que no basta para proteger las expectativas legítimas de los asociados respecto de la aplicación e interpretación que de la ley efectúan los jueces, el establecimiento de una carga argumentativa reforzada, cuando éstos alteran las subreglas jurisprudenciales.

A la par de esta obligación, las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado[[119]](#footnote-119) han erigido el instituto de la **jurisprudencia anunciada** –del que he sido fuel defensora y abanderada– que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro– de las nuevas previsiones hermenéuticas.

Ello, fue puesto en ejercicio, entre otros asuntos que han sido de conocimiento de dicha Sección[[120]](#footnote-120), en el fallo de 7 de junio de 2016[[121]](#footnote-121), en el que se modificó el extremo temporal inicial de las inhabilidades contenidas en los artículos 31.7, 32. 7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, se presenta no sólo como una garantía en favor de los administrados, que se sitúan en los extremos de la *litis* que origina el cambio, sino también como una salvaguarda en beneficio de los ciudadanos que encuentran en ésta, un periodo de transición, en el cual podrán adecuar sus actuaciones a las nuevas vicisitudes que caracterizan la realidad jurídica.

En este sentido, la Sección Especializada en los asuntos electorales de esta Corporación ha expresado: *“Entonces, cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto,* ***debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste****,* ***de modo que no sorprenda al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura…****[[122]](#footnote-122)”.* (Negrilla fuera de texto).

De esta forma, la **jurisprudencia anunciada** debe ser entendida como una figura que permite prevenir los traumatismos que acarrean las trasformaciones de las posiciones jurisprudenciales, en garantía siempre de los derechos de quienes pretenden acceder a la administración de justicia.

Ahora bien, como manifestación de la confianza legítima, la operatividad del instituto de la **jurisprudencia anunciada** pende de la acreditación de los presupuestos de ésta, por lo cual su puesta en marcha sólo puede materializarse, luego de que se demuestra que, efectivamente, la posición jurisprudencial que es objeto de alteración, se constituye en base objetiva de confianza, a la luz de parámetros de reiteración y coherencia, e incluso existencia, comoquiera que por razones lógicas no es preciso invocar una defraudación a la confianza legítima, cuando no existe unificación jurisprudencial respecto de una materia determinada.

En estos términos, la **jurisprudencia anunciada** debe ser entendida como la fijación o variación de una regla de interpretación o la solución de un problema jurídico, que ya tenía una solución expresada en diferentes pronunciamientos judiciales, bajo la cual la comunidad en general o destinataria de la misma actuaba bajo la convicción de que su actuar se ajustaba al ordenamiento jurídico; no obstante, el operador jurídico encuentra que derivado de situaciones fácticas o normativas que conllevan a modificar la tesis vigente, es necesario dictar la correspondiente decisión pero, en procura de la confianza legítima y de no afectar los derechos de quien en su momento procedió en debida forma, su aplicación se deja a futuro para que se conozca el cambio y luego sí puede ser exigida la correspondiente conducta.

**3.4. EN EL ASUNTO DE LA REFERENCIA SE IMPONÍA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANUNCIADA**

Tal y como se demostró en acápites anteriores del presente proveído –especialmente en la PARTE II sobre desconocimiento del precedente– existe una sólida línea jurisprudencial vertida en distintos pronunciamientos de las Secciones Quinta, Tercera y Primera del Consejo de Estado, así como de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que destacan la importancia de la distinción entre “contrato adicional” y “adición del contrato” para efectos de establecer si tuvo o no lugar la “celebración de un contrato”.

A pesar de ello, la mayoría, en la sentencia de la cual me aparto, optó por introducir una variación diametral a dicho entendimiento, al interpretar con vocación de autoridad electoral, que cualquier acuerdo de voluntades, independientemente de su tipología implica la configuración de este factor detonante de la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

A partir de las premisas desarrolladas extensamente en acápites precedentes de esta PARTE III del salvamento de voto, es evidente que no era posible aplicar al caso concreto el cambio jurisprudencial que se introdujo en el fallo del cual disiento; por lo menos no sin adoptar medidas que permitieran precaver los traumatismos ocasionados por ese inesperado viraje a la postura defendida por esta Sala de asuntos electorales y por otras autoridades judiciales que son órganos de cierre en sus jurisdicciones.

Contrario a lo expresado en la sentencia de la referencia la necesidad de diferenciar entre “adición del contrato” y “contrato adicional”, era un norte que orientaba la solución de la controversia en sede jurisdiccional, pero, más que eso, un referente con el potencial suficiente de generar una confianza en la ciudadanía frente a la existencia de una expectativa legítima de que el otrosí no implica la celebración de un nuevo contrato cuando no se alteran aspectos esenciales del primigenio, como el objeto, sino apenas algunas condiciones como el plazo y el precio.

El hecho de que en el estudio de casos se advierta que la Sección hubiese llegado a conclusiones diferentes en nada altera esa subregla, pues independientemente de que en unos antecedentes se haya considerado que el otrosí constituyó un nuevo contrato y que en otros no es apenas la consecuencia lógica de tomar como punto de partida el estudio de las circunstancias particulares del caso bajo la premisa de que la naturaleza contractual del otrosí dependerá de la naturaleza de la modificación respecto del objeto del contrato.

Por tal motivo, en aras de salvaguardar la coherencia del ordenamiento jurídico, su previsibilidad, la confianza y las expectativas legítimas de todo el conglomerado social era forzoso que, de insistirse en la rectificación jurisprudencial que en efecto se dio, se difiriera la aplicación de las nacientes subreglas a casos futuros, de tal manera que la nulidad del acto de elección del ciudadano **ANTONIO QUINTO GUERRA VARELA**, como alcalde de Cartagena para el periodo 2016-2019, se examinara con base en las previsiones jurídicas vigentes, lo cual, por las mismas razones que han sido explicadas a lo largo del presente salvamento de voto, debieron conducir a un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda.

**PARTE IV**

**CONCLUSIONES**

(i) Las inhabilidades son de interpretación restrictiva. Por ello se debe preferir la que menos sacrifique los derechos individuales y colectivos, como es, en este caso la que diferencia entre “adición del contrato” y “contrato adicional”.

(ii) La inhabilidad por celebración de contrato se rige por las pautas del contrato estatal, en el que la bilateralidad encuentra marcadas excepciones en el uso de cláusulas exorbitantes, que descartan que toda modificación sea necesariamente producto del acuerdo de voluntades.

(iii) Se debía mantener la jurisprudencia en el sentido de diferenciar, según las particularidades de cada caso, sí el otrosí constituía un auténtico contrato generador de inhabilidades.

(iv) La interpretación finalista de la inhabilidad no puede llevar a decir que toda modificación, por ser acuerdo de voluntades, es a su vez un nuevo contrato, en vez de una mutación del primigenio.

(v) El simple acuerdo de voluntades frente a un contrato inicial no puede generar la inhabilidad. Si así fuera, la terminación del contrato de mutuo acuerdo tendría que (vi) asimilarse a un nuevo contrato y producir el factor inhabilitante, lo cual sería un contrasentido.

(vii) La diferencia entre “adición del contrato” y “contrato adicional” es lo que permite establecer, para efectos de la inhabilidad, si se celebró o no un contrato.

(viii) El criterio generalizador que se implantó en la sentencia de la referencia no consulta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como garantía inexcusable para repeler la arbitrariedad que deviene de una intelección totalizadora que priva al juez natural de este tipo de asuntos de verificar si hay justeza o no en la consecuencia aplicada.

(ix) Es incorrecto fundar en la impresión popular la generalización que se aplica en la sentencia, pues los jueces deben fallar sus casos en derecho.

(x) No existe prueba de la supuesta incapacidad ciudadana para distinguir entre “adición del contrato” y “contrato adicional”; y aun de ser así, ello no debe ser óbice para que el juez las considere, pues su misión no se contrae a hacer que las decisiones sean simples, sino que sean correctas.

(xi) No se pueden hacer extensivos los criterios jurisprudenciales de la inhabilidad por gestión de negocios a la de celebración de contratos, dado el carácter restrictivo que gobierna su interpretación.

(xii) Resulta contradictorio emplear la teoría del contrato estatal para definir los elementos de su esencia, pero descartarla para definir el alcance de las modificaciones al contrato, so pretexto de la autonomía del derecho electoral.

(xiii) La distinción entre jurisprudencia y precedente propuesta en el fallo de la referencia no resulta del todo acertada, por cuanto en el ejercicio de la función jurisdiccional los operadores judiciales adicionan siempre reglas al ordenamiento..

(xiv) La revisión de la jurisprudencia de las secciones Quinta, Tercera y Primera del Consejo de Estado, así como de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, muestra la existencia de un precedente judicial en torno a la tipología de las modificaciones contractuales y los requisitos para que se entienda que estas configuran o no un nuevo contrato.

(xv) La intelección de la causal de inhabilidad por celebración de contratos debe ser complementada con apoyo en instituciones jurídicas propias del derecho electoral, pero también con otros sistemas de derecho, v.gr. civil, comercial y contratación estatal.

(xvi) Las modificaciones que inciden en los plazos del contrato de prestación de servicios son, por regla general, adiciones al contrato que no influyen en su objeto. El otrosí es adición del contrato inicial y no un nuevo contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual y se suscriba antes del vencimiento de su ejecución.

(xvii) En este caso, no existió nuevo contrato sino adición del existente porque el otrosí amplió por dos meses el plazo de ejecución y, en consecuencia, fijó el pago del plazo adicional (sin modificar el inicial pactado) y sumó una entrega mensual de informes, actos propios de la prórroga pero no modificatorio del objeto contractual (contrato de prestación de servicios de asesoría).

(xviii) Por tratarse de una rectificación del precedente de la Sección Quinta, era necesario acudir a la figura de “jurisprudencia anunciada” para respetar la confianza legítima del elector.

En los anteriores términos dejo presentado mi salvamento de voto.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Magistrada

1. Se refiere a Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 7 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-1)
2. Para reforzar su postura transcribió citas de jurisprudencia acuñada por la Seccion Tercera sobre el punto. [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de marzo de 2003. Expediente 2002-434 MP. Mario Alario Méndez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2009. Expediente 2007-000700 MP. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de febrero de 2013. Expediente 2011-02266 MP. Susana Buitrago Valencia; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016. Expediente 2015-2477 MP. Lucy Jeannette Bermúdez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 486 [↑](#footnote-ref-4)
5. Para reforzar su postura citó: consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de marzo de 2007, radicación 68001-23-15-000-2004-00436-02 CP. Darío Quiñones Pinilla. [↑](#footnote-ref-5)
6. Hizo expresa referencia a lo lo colegido por la Seccion Primera en sentencia del 10 de noviembre de 2016 dentro del proceso 68001-23-33-000-2015-00644-01 [↑](#footnote-ref-6)
7. Al efecto citó sentencias de la Sección Tercera en la que se ha examinado estos conceptos. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2012. Radicación N 11101-03-28-000- 2010-00025-00.MP. Alberto Yepes Barreiro reiterado en Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación Nº 11101-03-28-000- 2014-00065-00.MP Alberto Yepes Barreiro; reiterado en Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 11 de abril de 2019 Radicación Nº 11101-03-28-000- 2018-00080-00.MP Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-8)
9. Osorio Calderín Ana Carolina. *Manual de Inhabilidades Electorales*. Ed. Ibáñez. Bogotá, 2012, pág. 144 [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001032800020140005100. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. [↑](#footnote-ref-10)
11. En lo que atañe a los elementos que estructuran la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 13 de abril de 2016, radicación 25000-23-24-000-2015-02753-01 CP. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 2 de agosto de 2018, radicación 13001-23-33-000-2018-00394-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-11)
12. En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia del 9 de julio de 2009 radicación 110010328000200600115-00 (acumulado), Nº interno 4056 CP Susana Buitrago Valencia, determinó al estudiar la norma análoga prevista en la Constitución respecto la celebración de contratos que: “*La tipificación de la conducta que prohíbe el numeral 3 del artículo 179 superior exige para su configuración la existencia de los siguientes supuestos: 1) Sujeto pasivo de la prohibición: Candidato al Congreso (Senador - Representante a la Cámara). 2****) Conducta:******Celebración de contrato****. 3) Naturaleza del contrato: La parte con quien el candidato celebra el contrato debe tener el carácter de entidad de naturaleza pública. 4) Móvil de la actuación prohibida: En interés propio o de un tercero. 5) Circunstancia de tiempo: Celebración dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección. 6) Circunstancia de lugar: Celebrado en la circunscripción en la que debe efectuarse la respectiva elección.*” (Negritas fuera de texto)

    En el mismo sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 19 de enero de 2010 proferida en el marco de la pérdida de investidura de la entonces senadora Martha Lucía Ramírez radicado 11001-03-15-000-2009-00708-00 CP. Gerardo Arenas Monsalvedeterminó que para que la conducta prohibitiva de dicha inhabilidad era la *“Celebración”* de contratos con entidades públicas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Es decir, en el que al menos una de las partes sea estatal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Osorio Calderín, ob. Cit. Pág.159. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001032800020140005100. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. [↑](#footnote-ref-15)
16. Larenz Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. 1978. Pág. 706. [↑](#footnote-ref-16)
17. Santofimio Gamboa. *El Carácter Conmutativo y Por Regla General Sinalagmático por Regla General Del Contrato Estatal y Sus Efectos Respecto de la previsibilidad del Riesgo y del Mantenimiento del Equilibrio Económico*. Revista de Derecho Administrativo. 2008. [↑](#footnote-ref-17)
18. Dichas cláusulas no son pactadas por las partes, sino por el legislador, pues es este el que las estipuló en la ley y las hizo obligatorias para cierta clase de contratos. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artículo 41 Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-19)
20. Esta Corporación en sus diversas secciones ha sostenido que las modificaciones al contrato pueden clasificarse, dependiendo de las cláusulas modificadas, en adiciones del contrato o en contratos adicionales. Según estos antecedentes, los “*otro sí*” o modificaciones al contrato solo se entenderán como un nuevo negocio jurídico dependiendo de los elementos modificados. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo Estado, Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo: Oneida Pinto Rayeth. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional sentencia C-300 de 2012 especificó: “*en el caso colombiano, la modificación de un contrato estatal* *puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato” (…)“que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que****la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal” (Negritas en original)*** [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 55 a 56. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 50 del expediente [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 56 del expediente [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 55 [↑](#footnote-ref-27)
28. En el mismo sentido consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo de 2015, radicación 11001-03-28-2014-00034-00 (acumulado) MP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Representante a la Cámara por Antioquia. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2002. Magistrado Ponente: Manual José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-29)
30. La actuación administrativa adelantada ante el CNE se encuentra visible en el disco compacto del folio 234 del expediente principal. [↑](#footnote-ref-30)
31. En diversas oportunidades la Sección Quinta del Consejo de Estado ha reconocido que el régimen de inhabilidades es objetivo de forma tal que basta con constatar la existencia de los componentes de la prohibición, “*para arribar a la conclusión que un determinado sujeto no puede acceder al cargo público o función al que aspira, en la medida que el Constituyente o legislador al establecerla analizaron su proporcionalidad y razonabilidad frente al interés público que se buscaba proteger con su consagración.”* Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación 19001-33-31-006-2011-00442-01 CP. Alberto Yepes Barreiro Ddo. Edgar Iván Ramos Torres como Diputado del Cauca y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicación 17001-23-31-000-2011-00637-01 CP. Alberto Yepes Barreiro Ddo. Guido Piedrahita como Gobernador de Caldas. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de abril de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 MP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Cámara de Magdalena. Y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 19 de mayo de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-32)
33. Guastini, Riccardo. Trad de Miguel Carbonell. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México .México DF (1999). Pp 40 [↑](#footnote-ref-33)
34. Anchondo Paredes Víctor, Métodos de interpretación jurídica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00034-00 (acumulado) MP. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicación 13001-23-31-000-2007-00700-00. MP: Susana Buitrago Valencia y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, radicación 23001-23-33-000-2015-00461-02 Mp. Carlos Enrique Moreno Rubio. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 53 Expediente 2018-417 [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, radicación 23001-23-33-000-2015-00461-02 Mp. Carlos Enrique Moreno Rubio. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, radicación

    13001-23-33-000-2018-00467-01 MP. Alberto Yepes Barreiro.

    Mediante sentencia de unificación del 7 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 Ddo. Gobernadora de La Guajira la Sección Quinta unificó los efectos una sentencia de nulidad electoral con carácter subjetivo. Igualmente, frente a las consecuencias de la anulación de actos electorales cuyo origen **no** sea el voto popular consultar: Sección Quinta, sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00029-00 MP. Carlos Enrique Moreno Rubio. [↑](#footnote-ref-39)
40. Artículo 10 de la Ley 768 de 2002 y el artículo 32 de la Ley 1617 de 2013. [↑](#footnote-ref-40)
41. # **Sentencia C-903 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.**

    [↑](#footnote-ref-41)
42. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 10 de marzo de 2016, M, rad. 54001-23-31-000-2012-00001-03, demandado: Alcalde de Cúcuta (2012-2015). [↑](#footnote-ref-42)
43. # **Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.**

    [↑](#footnote-ref-43)
44. A manera de ejemplo, se trae la siguiente sentencia: M. P. Dario Quiñones Pinilla, 26 de enero de 2016, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02, demandado: alcalde de Santa Rosa de Viterbo. Allí se señaló que *“…son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquél es un nuevo contrato, mientras que ésta es una modificación de un contrato en ejecución, siendo nota diferencial en el primero la afectación del objeto del contrato”*. [↑](#footnote-ref-44)
45. “ARTICULO 1857. La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio…” [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079). C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 30 de julio de 2008. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 19 de noviembre de 2012. [↑](#footnote-ref-47)
48. Cfr. Salvamento de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez a la sentencia de 9 de abril de 2015, M. P. Susana Buitrago Valencia, rad. Rad. 05001-23-33-000-2015-02447-01, demandado: Representante a la Cámara por Bogotá D.C. [↑](#footnote-ref-48)
49. *C-509 de 1995.* [↑](#footnote-ref-49)
50. *Sobre este punto ver “*El debate Hart – Dworkin*”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá 2000, pg. 19.* [↑](#footnote-ref-50)
51. Reiteración de la sentencia de 11 de agosto de 2016, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 50001-23-33-000-2015-00647-01, actor: Atilano Cuesta Conto, demandado: Diputado a la Asamblea de Guainía (2016-2019). [↑](#footnote-ref-51)
52. Cfr. entre otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de diciembre de 2002, Exp. 2002 1027 (PI-055), C.P. Germán Ayala Mantilla; de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-52)
53. El título corresponde a la tesis que se sostiene en este voto disidente y que contraría aquella prohijada en el fallo de 30 de mayo de 2019. [↑](#footnote-ref-53)
54. Su nombre completo es “Discurso del método para conducir bien la propia razón y buscar la verdad en las ciencias.” [↑](#footnote-ref-54)
55. René Descartes se aparta del método empírico del conocimiento, fundado en los sentidos, y estatuye un método racional. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia del 5 de febrero de 2015, rad. 11001-03-15-000-2014-01312-01, actor: FIDEL DE JESÚS LAVERDE Y OTRA, demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. tesis reiterada recientemente por el Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia del 14 de marzo de 2019, rad. 11001-03-15-000-2018-04413-00, actor: HUMBERTO DE JESÚS BERMÚDEZ OBANDO Y OTRO, demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A” [↑](#footnote-ref-56)
57. Cfr. sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-762 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-57)
58. Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-58)
59. Ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-15-000-2013-02690-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro (E). Sentencia de 19 de febrero de 2015. [↑](#footnote-ref-59)
60. Que, en principio, clasifica a la jurisprudencia como un criterio auxiliar en la tarea de administra justicia. [↑](#footnote-ref-60)
61. Ver, al respecto, Sentencia T-292 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-61)
62. Lo que sí resulta cierto es que la labor de creación del derecho, mediante la fijación del alcance de las normas existentes en un ordenamiento determinado, no es la misma, pues en ciertos asuntos puede estar mayormente acentuada, como cuando el orden jurídico carece de disposiciones normativas precisas que permitan la resolución exacta del caso. [↑](#footnote-ref-62)
63. Luis Recasens Siches. “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”. Ed. Porrúa. Ciudad de México. 1980. [↑](#footnote-ref-63)
64. Ibídem. Página 213. [↑](#footnote-ref-64)
65. Sección Segunda, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 31 de mayo de 2012, rad. 20001-03-15-000-2011-01498-00, actor: Efraín Castañeda Hernández. [↑](#footnote-ref-65)
66. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad- 44004-23-31-000-2003-00872-01, demandado: Concejal de Fonseca. [↑](#footnote-ref-66)
67. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia Del 20 De Mayo De 2004, Radicación 44001-23-31-000-2003-0872-01. [↑](#footnote-ref-67)
68. Ibídem. [↑](#footnote-ref-68)
69. Ibídem. [↑](#footnote-ref-69)
70. M. P. Dario Quiñones Pinilla, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02, Demandado: Alcalde de Santa Rosa de Viterbo. [↑](#footnote-ref-70)
71. Ibídem. [↑](#footnote-ref-71)
72. M. P. María Elena Giraldo Gómez, exp.17213. [↑](#footnote-ref-72)
73. M. P Ruth Stella Correa Palacio, exp. 16653. Esta línea de pensamiento fue reiterada en sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación en providencia del 22 de agosto de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 22.947. [↑](#footnote-ref-73)
74. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 10 mayo de 2017, Rad.: 73001-23-31-000-2009-00468-01(48801), Actor: Empresa Generadora de Energía del Tolima - EGETSA S.A., Demandado: Gestión Energética GENSA S.A. E.S.P. [↑](#footnote-ref-74)
75. Entre otras cosas porque en el texto del otrosí ni siquiera se identificó el objeto de las actividades a cuya ejecución se obligaban las partes a raíz de su suscripción. [↑](#footnote-ref-75)
76. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, rad. No: 05001-23-33-000-2014-01389-01, demandado: municipio de Amalfi y otro. [↑](#footnote-ref-76)
77. M. P. María Elizabeth García González, rad. 680012333000- 2015-00644-01. [↑](#footnote-ref-77)
78. “No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (…)3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital 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 o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.” [↑](#footnote-ref-78)
79. “Los concejales perderán su investidura por: (…) 2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.” [↑](#footnote-ref-79)
80. Artículo que fue derogado por la Ley 1508 de 2012. En su literalidad, dicha disposición consagraba: *“En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.”* [↑](#footnote-ref-80)
81. [↑](#footnote-ref-81)
82. M.P. Eugenio Fernández Carlier, SP18532-2017. Radicación No. 43263. [↑](#footnote-ref-82)
83. Al respecto el fallo sostuvo: “Como puede observarse dichas providencias NO constituyen precedente, debido a que no contienen una regla de derecho aplicable a situaciones similares, sino que simplemente resolvieron los casos sometidos a consideración de la Sección en forma particular y concreta.” [↑](#footnote-ref-83)
84. El extremo temporal era la inscripción y no la elección, como sucede en la actualidad. Ello, con anterioridad a la modificación del texto del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 por parte de la Ley 617 de 2000. [↑](#footnote-ref-84)
85. Retomado del salvamento de voto presentado por la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, a la sentencia de 25 de abril de 2019, M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad. 11001-03-28-000-2018-00074-00 (ACUMULADO), actor: Juan Carlos Calderón España y otros, demandado: Ángela María Robledo Gómez [↑](#footnote-ref-85)
86. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Ref. nº. 44001-23-33-000-2013-00059-01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-86)
87. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 185 – 186. “Mientras algunos defienden la tesis de que su verdadero sustentáculo es el principio de la buena fe, para otros ese soporte está dado por distintos principios valores, y derechos de estirpe constitucional…” [↑](#footnote-ref-87)
88. Ibídem. “Hay también quienes le atribuyen un fundamento plural, en el sentido de señalar que su soporte constitucional está dado al mismo tiempo por varios principios de jerarquía superior…” [↑](#footnote-ref-88)
89. “Son fines esenciales del Estado: (…) defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y **la vigencia de un orden justo.”** [↑](#footnote-ref-89)
90. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 2014-01114. 26 de febrero de 2015. C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-90)
91. Corte Constitucional. C-131 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas. [↑](#footnote-ref-91)
92. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-92)
93. Corte Constitucional. T-308 de 2011. M.P: Humberto Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-93)
94. Corte Constitucional. T-437 de 2012. M.P. Adriana María Guillén. [↑](#footnote-ref-94)
95. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 152 - 153. [↑](#footnote-ref-95)
96. Corte Constitucional. C-1049 de 2001. M.P: Clara Inés Vargas. [↑](#footnote-ref-96)
97. Ibídem. [↑](#footnote-ref-97)
98. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. pág. 347: “El principio de protección de la confianza legítima domina toda la actividad estatal en su conjunto, abarca dentro de su amplio espectro las actuaciones de todas las autoridades que ostenten una posición soberana frente al ciudadano, sean cuales fueren sus funciones y su campo de actividad.” [↑](#footnote-ref-98)
99. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2016-00539-00 (AC). 31 de marzo de 2016. C.P: Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-99)
100. Concepto que se ubica entre las nociones de mera expectativa y derecho adquirido. [↑](#footnote-ref-100)
101. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-101)
102. Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-102)
103. Corte Constitucional. C-131 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas. [↑](#footnote-ref-103)
104. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 468. [↑](#footnote-ref-104)
105. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-105)
106. Corte Constitucional. C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-106)
107. Corte Constitucional. Sentencia T-386 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-107)
108. Corte Constitucional. C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-108)
109. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2016-00100-00 (AC). 7 de abril de 2016. C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez [↑](#footnote-ref-109)
110. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-110)
111. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 159. [↑](#footnote-ref-111)
112. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Rad. nº. 35967. 2 de mayo de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-112)
113. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-113)
114. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Rad. nº. 27578. C.P. 12 de noviembre de 2014. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-114)
115. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 22367(AC): 31 de agosto de 2015. C.P: Ramiro de Jesús Pasos Guerrero [↑](#footnote-ref-115)
116. VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 165. [↑](#footnote-ref-116)
117. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E). [↑](#footnote-ref-117)
118. En este sentido, puede mencionarse la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en muchas de sus previsiones normativas, introduce las reglas decantadas por la jurisprudencia de las diferentes secciones del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-118)
119. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2015-00051-00C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez. [↑](#footnote-ref-119)
120. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2014-00061-00. Sentencia de 9 de abril de 2015. C.P. Susana Buitrago Valencia. [↑](#footnote-ref-120)
121. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2015-00051-00C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez. [↑](#footnote-ref-121)
122. Recordemos que en los términos del Profesor L. Recasens Siches el derecho no tiene finalidades concretas o particulares, sino que implica ideas de finalidades funcionales, las cuales son plenamente universales. Así, el autor indica que aquellas son: a) otorgar certeza y seguridad; b) resolver los conflictos de intereses; y c) organizar, legitimar y restringir del poder político. Sobre el tema Cfr. Luis Recasens Siches, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, (México: Porrúa, 5ª Edición, 1975) p. 224. [↑](#footnote-ref-122)