

RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional del acto de elección de Concejal del municipio de Manizales / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos para su decreto

[E]l análisis de cualquier medida cautelar decretada en el marco de un proceso contencioso-administrativo como el que aquí nos ocupa, debe partir del supuesto de que la reversibilidad plena de la situación jurídica consolidada por el acto acusado es materialmente imposible, más todavía por los plazos requeridos para su decisión, por lo que su uso no puede asumirse a priori como excepcional, sino como el ejercicio legítimo de una facultad del juez, como director del proceso, que se despliega a solicitud de parte y siempre que lo encuentre necesario para propender por la efectividad de la sentencia, como expresión de la justicia material. (...). El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 establece una fórmula innominada para la adopción de medidas cautelares, clasificándolas en preventivas, conservativas, anticipativas y suspensivas, admitiendo en esta tipología la adopción de cualquiera que el juez encuentre necesaria para impedir que el ejercicio del medio de control respectivo pierda su finalidad, de acuerdo con los fundamentos de hecho y derecho de cada caso en concreto. (...). De esta manera, cuando se pretende el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, la parte solicitante debe cumplir con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tratarse también de una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. (...). En lo que tiene que ver con los requisitos necesarios para que proceda el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral, esta Sala en reciente providencia de 12 de diciembre de 2019, estableció lo siguiente: “(...) se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto enjuiciado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) la petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. (...)” De lo anterior se deduce, que el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral procede cuando del análisis de los argumentos y pruebas aportadas por el peticionario, surja la trasgresión de las normas superiores y legales invocadas como vulneradas en la solicitud o la demanda. (...). A juicio del apelante, el auto censurado desconoció la normativa y jurisprudencia aplicables al trámite y decisión de la solicitud de suspensión provisional del acto enjuiciado, en razón a que el a quo no tuvo en cuenta que: (i) el demandante no sustentó debidamente su petición al respecto y (ii) los contratos en que soportó su decreto no tienen la naturaleza jurídica de públicos, además que fueron resciliados, de manera que él no los ejecutó ni recibió pago o beneficio alguno con ocasión de ellos. (...). Sobre el primer reparo elevado contra el auto apelado (...) esta corporación se ocupará de establecer si en este caso se cumple el presupuesto para la procedencia de las medidas cautelares, establecido en el artículo 229 del C.P.A.C.A., consistente en «petición de parte debidamente sustentada».

RECTIFICACIÓN DE PRECEDENTE – Frente a la sustentación de la solicitud de suspensión provisional

Ahora bien, el inciso final del artículo 277 de dicha normativa, que rige en esta clase de procesos, establece que la medida cautelar en cuestión «debe solicitarse en la demanda», supuesto en el que esta Sección no encuentra precedente exigir una carga argumentativa adicional, en cuanto su solicitud se entiende integrada al libelo inicial, en forma inescindible, y por ende, fundada en los mismos hechos,

concepto de la violación y pruebas que se desarrollan en su texto, por lo que tampoco resulta exigible, en tal escenario, que el actor haga una remisión expresa al mismo documento que la contiene, lo cual resultaría redundante. Esta interpretación tiene sustento también en que para ordenar la suspensión provisional, el artículo 231 del C.P.A.C.A. estableció un requisito específico, al consagrar que «procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud» (...), mientras que para las demás medidas cautelares prevé un listado de requisitos distintos. Por tanto, en el caso de la suspensión provisional, la disposición habilita al juez a consultar, al momento de resolver sobre su decreto, las normas que el demandante considera infringidas en el libelo introductorio, cuando su solicitud se encuentra incluida en su cuerpo, para efectos de realizar el cotejo entre el acto acusado y aquellas con miras a verificar su eventual infracción, como condición para su prosperidad. En cambio, en el caso de las otras medidas cautelares in genere se deben examinar los cuatro requisitos señalados en la norma en cita, lo que implica una carga argumentativa y probatoria adicional para el actor, que justifica entrar a diferenciar entre la sustentación de su solicitud y la de la demanda, la cual no es predicable frente a la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos de elección, en la que esa motivación accesoria resulta potestativa, so pena de llevar al demandante in extremis a reproducir en el acápite correspondiente inserto en la demanda, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios invocados como fundamento de sus pretensiones de nulidad. Esta es la interpretación de las normas analizadas en precedencia que mejor se atiene al objeto y fin de la protección cautelar prevista en la Ley 1437 de 2011, para prevenir que en su aplicación se incurra en exceso ritual manifiesto y el alcance que debe darse a su tenor literal, en observancia de los postulados superiores que amparan el acceso a la justicia material y la tutela judicial efectiva, a fin de reforzar el rol del juez contencioso-administrativo, en general, como garante de la legalidad y del juez electoral, en particular, como guardián del principio democrático, la transparencia en los procedimientos electorales y la igualdad en el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido. (...). Así las cosas, manteniendo los elementos estructurales de la línea jurisprudencial de la Sección Quinta en materia del contenido y alcance de las medidas cautelares en los procesos electorales, la Sala considera necesario rectificar su precedente en cuanto a la sustentación de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, cuando esta se encuentra inserta en la demanda, en los términos que quedaron expuestos. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el cargo de apelación por falta de motivación de la solicitud de medida cautelar no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que: (i) la petición de suspensión provisional se consignó en el cuerpo del escrito inicial, con la indicación de las normas en que se apoya, las que remiten al juez a contrastar el acto acusado con «las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado», y (ii) el a quo limitó su estudio a los supuestos de hecho y derecho formulados por el actor, con su correspondiente sustento probatorio, en la demanda en que se encuentra inserta dicha solicitud, de manera que se observó el contenido del artículo 229 y ss. del C.P.A.C.A., en consonancia con el inciso final del artículo 277 de dicha normativa, en cuanto al carácter rogado de las medidas cautelares y los requisitos para su procedencia y prosperidad.

RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional del acto de elección de Concejal del municipio de Manizales / INHABILIDAD DEL CONCEJAL POR CONTRATACIÓN – Se confirma la

suspensión provisional por haberse configurado la causal de intervención en celebración de contratos

Del contenido de esta disposición [numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000], se deduce que la mencionada inhabilidad se configura en tres hipótesis distintas, a saber, cuando el candidato o elegido, durante el año anterior a la elección, haya intervenido en: (i) la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros ante entidades públicas del nivel distrital o municipal, (ii) la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, con un interés propio o a favor de terceros, siempre que se deban ejecutar en la respectiva circunscripción territorial; o (iii) haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas y contribuciones o entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado, dentro del municipio o distrito correspondiente. (...). En este orden, se reitera que para que se configure esta causal de inhabilidad, en la hipótesis bajo estudio, es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de tales elementos definitorios (temporal, territorial, objetivo y subjetivo), al margen de las condiciones de tiempo y modo para la ejecución o liquidación del contrato que se analice, en cuanto que «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 del respectivo contrato estatal dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución o liquidación.» (...). [E]n relación con los elementos definitorios de aquella [causal de inhabilidad invocada por la parte actora], se concluye en principio, que: Frente al elemento temporal, cabe destacar que los comicios locales en que el demandado resultó electo como concejal, se celebraron el 27 de octubre de 2019, de manera que el periodo inhabilitante, esto es, el año anterior a la elección, transcurrió entre dicha fecha y el 27 de octubre de 2018. Por tanto, los contratos 270 y 271 fueron suscritos por él y la Empresa Licorera de Caldas dentro de ese término, el 24 de abril de 2019. Ahora bien, conforme lo determinado en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, las inhabilidades previstas en la norma se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. En este caso, el elemento territorial se configura porque tales convenios, se suscribieron y debían ejecutarse en Manizales. Sobre el elemento subjetivo, se probó que el demandado intervino para obtener consecuencias jurídicas a su favor, que terminaron en la celebración, a nombre propio, de ambos contratos con la Administración, obrando como representante legal de las empresas contratistas, y con ello se rompió el equilibrio frente a los candidatos que no tuvieron acceso a la contratación estatal en el periodo inhabilitante. Finalmente, en lo que tiene que ver con el requisito material u objetivo, se observa que el demandado intervino en la etapa previa y celebró ambos contratos con la Empresa de Licores de Caldas, entidad que tiene la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental. (...). Sobre este punto, el apelante alega que: (i) «dicho contrato o contratos NO SON PÚBLICOS, sino que tienen NATURALEZA EMINENTEMENTE PRIVADA que se rigen por las propias normas del derecho comercial y no por el Estatuto de Contratación Pública» y (ii) «dicho contrato o contratos fueron Resciliados y Descelebrados en razón a Mutuo Disenso Expreso de las partes. (...). Al respecto, sea lo primero reiterar la jurisprudencia, según la cual los contratos celebrados con Empresas Industriales y Comerciales del Estado ostentan «(...) la naturaleza de contrato estatal», en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen legal que los rige. A su vez, frente a la resciliación del contrato 271 de 2019, se tiene que conforme a lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales se perfeccionan con la suscripción de las partes. Al respecto, la Sección Tercera “

concluyó y ahora se reitera que i) la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito” De manera que, conforme al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades públicas deben constar por escrito y conforme a la previsión del artículo 41 de ese estatuto, se perfeccionan cuando se logre acuerdo respecto del objeto y la contraprestación. De lo anterior se deriva que la terminación del contrato por mutuo disenso sólo procede frente al contrato que se perfeccionó y, por ende, nació a la vida jurídica. Ahora, del análisis del contenido del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es posible deducir que la configuración de la inhabilidad allí consagrada no depende de su ejecución (excepto con el lugar en que debe tener lugar) o de que se reciba la contraprestación o que se cumplan las obligaciones pactadas, sino de los elementos objetivos relacionados con su celebración. En este sentido, la Sala reafirma que la causal bajo estudio se configura por la celebración del contrato más no por su ejecución efectiva. (...). Por lo anterior, se halla acreditado en esta etapa preliminar que el demandado suscribió dos contratos con la Empresa de Licores de Caldas dentro del periodo inhabilitante, los cuales debían ser ejecutados en la circunscripción territorial por la cual resultó elegido como concejal, en su propio beneficio, de manera que de la confrontación preliminar entre el acto de elección controvertido y las normas cuya infracción se predica, especialmente, el artículo 40, numeral 3 de la Ley 617 de 2000, en principio, surge una oposición entre ambos parámetros de comparación, tal como lo sostuvo el a quo en la decisión recurrida. (...). La Sala confirmará el auto del 18 de diciembre de 2019, por medio del cual la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López, como concejal del Municipio de Manizales, período 2020-2023, al encontrar satisfechos, en este momento del proceso, los elementos para la configuración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 40, numeral 3 de la Ley 617 de 2000, en su contra.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a que la solicitud de suspensión provisional debe estar debidamente sustentada, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 9 de abril de 2015, radicación 19001-23-33-000-2015-00044-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro (E). Acerca de los elementos necesarios para la configuración de la inhabilidad por intervención en celebración de contratos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, radicación 13001-23-33-000-2018-00417-01 (2018-00394-00, 2018-00416-00 y 2018-00419-00), C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto a los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional de actos de elección, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, 12 de diciembre de 2019, radicación 05001-23-33-000-2019-02852-01, C.P. Doctora Rocío Araujo Oñate. Respecto a la causal de inhabilidad por intervención en la celebración de contratos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de julio de 2009, radicación 11001-03-28-000-2006-00115-00, 4056, C.P. Susana Buitrago Valencia; 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, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. En lo relacionado con la ejecución o liquidación de un contrato, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencias del 12 de diciembre de 2019, radicación número: 05001-23-33-000-2019-02852-01. C.P. Rocío Araujo Oñate; y auto del 2 de agosto de 2018, radicación 13001-23-33-000-2018-00394-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Respecto a la causal que se viene hablando y que se configura por la celebración del contrato más no por su ejecución efectiva, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2012, radicación 11001-03-28-000-2010-00025-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto a la teleología de la inhabilidad antes mencionada, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00051-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / LEY 617 DE 2000 - ARTÍCULO 40 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 17001-23-33-000-2019-00551-01

Actor: INGMAR RAFAEL TORREGROZA GUTIÉRREZ

Demandado: JULIÁN ÁNDRÉS PINEDA LÓPEZ - CONCEJAL DE MANIZALES - PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Resuelve recurso de apelación contra el auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Rectificación jurisprudencial

AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado, a través de apoderado judicial, contra el auto del 18 de diciembre de 2019, por medio del cual la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López, como concejal del Municipio de Manizales, período 2020-2023, únicamente respecto de esta última decisión.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El señor Ingmar Rafael Torregroza Gutiérrez, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral contra el Formulario E-26 CON, que declaró la

elección del demandado como concejal del Municipio de Manizales, para el periodo 2020-2023.

2. Hechos

2.1. Expuso el accionante que el señor Julián Andrés Pineda López fue inscrito por el Partido Liberal, como candidato al Concejo de Manizales, en las pasadas elecciones del 27 de octubre de 2019, en las que obtuvo 3.429 votos, por lo que fue declarado electo en dicho cargo el 9 de noviembre de 2019.

2.2. Alegó que el demandado se encontraba inhabilitado, con base en el supuesto establecido en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el numeral 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A, por cuanto el 24 de abril de 2019, celebró los contratos 270-2019 y 271-2019, para la vinculación publicitaria de las marcas de la Industria Licorera de Caldas en los establecimientos comerciales de su propiedad: “*Bar Solario Back Yard*” y “*Barroco Cocktails*” por valor de \$25.000.000 y \$15.000.000, respectivamente.

2.3. Agregó que la inhabilidad invocada se concretó y materializó al haber suscrito los contratos en interés propio, dentro del período inhabilitante, esto es, del 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019, de modo tal que incurrió en la causal subjetiva de anulación de su elección, establecida en el artículo 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

3. Trámite procesal

3.1. Por medio de auto del 28 de noviembre de 2019¹, el magistrado ponente inadmitió la demanda y, en consecuencia, ordenó subsanar lo siguiente:

(...) 1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 162 del CPACA, señalará lo que pretenda, con precisión y claridad.

*Lo anterior, como quiera que en el acápite de pretensiones de la demanda, el accionante no solicita la declaratoria de nulidad del acto de elección por voto popular sino que insta para que se declare “(...) **LA NULIDAD ELECTORAL** Como medio de control del **SEÑOR JULIAN (sic) ANDRES (sic) PINEDA LOPEZ (sic)**, elegido como concejal de Manizales para el periodo constitucional **2020-2023** por el partido liberal, por violación al régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 40 ley (sic) 617 de 2000 y otras disposiciones legales” (fl.2, negrilla del texto).*

Adicionalmente se observa que como pretensión de la demanda se incluye la correspondiente al decreto de una medida cautelar, lo cual no concuerda con la naturaleza y alcance de dicho mecanismo preventivo, que si bien debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones, no es procedente que sea invocada como una de ellas (...)

3.2. Al respecto, la parte actora presentó escrito de subsanación², dentro del término otorgado para tal efecto, en el que atendió los requerimientos anteriores y formuló, en el Capítulo III de la demanda, la petición de suspensión provisional.

4. La solicitud de medida cautelar

¹ Según se extrae de los antecedentes de la decisión apelada en los folios 111 vuelto y 112

² Folios 1 a 12

4.1. El señor Ingmar Rafael Torregroza Gutiérrez, en capítulo inserto a su libelo introductorio, invocó los artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, a fin de pedir a la Sala de decisión del Tribunal:

(...) dictar MEDIDA CAUTELAR PREVIA hasta que se resuelva el asunto en discusión, para que el SEÑOR JULIÁN ANDRÉS PINEDA LÓPEZ, NO SE POSESIONE COMO CONCEJAL DE MANIZALES, EL 02 DE ENERO DE 2020."

5. La providencia recurrida

5.1. A través de auto del 18 de diciembre de 2019³, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas admitió la demanda y decretó de plano «*la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Formulario E-26 CON en lo que se refiere a la elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal del municipio de Manizales*», teniendo en cuenta que: (i) «*Pese a la manera en la cual fue invocada la medida previa, esta Sala de Decisión considera que disponer la no posesión del citado concejal es una consecuencia de la suspensión provisional de los efectos del acto de elección demandado, por lo que procederá a resolverla en estos términos.*»; y (ii) «*(...) aun cuando la parte demandante no sustentó específicamente la petición de medida cautelar como le era exigido por el artículo 229 del CPACA, en aras de salvaguardar y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades, este Tribunal acudirá al fundamento expuesto en la demanda*»⁴.

5.2. En este orden, luego de reiterar los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad del artículo 40, numeral 3° de la Ley 617 de 2000, estimó que de las pruebas allegadas al expediente en esta etapa procesal, se encuentra acreditada la configuración de los elementos temporal, objetivo, subjetivo y territorial correspondientes, en cuanto que dentro del año anterior a su elección como concejal, el señor Julián Andrés Pineda López celebró dos contratos con la Industria Licorera de Caldas, en interés propio, a título oneroso y en la misma circunscripción territorial en la que resultó electo.

5.3. Por último, aclaró que: «*aun cuando en este asunto obra acta de terminación del contrato 271-2019 (fls. 94, C.1), e independientemente de que hubiera habido erogación del gasto para la Industria Licorera de Caldas, lo cierto es que para la fecha de su suscripción (7 de mayo de 2019), se entiende que el mencionado negocio jurídico venía ejecutándose desde el 3 de mayo del mismo año, pues desde ese momento fue aprobada la garantía única (fl.86 vuelto, ibídem)*».

6. El recurso de apelación

6.1. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del señor Julián Andrés Pineda López interpuso recurso de apelación, para que se revoque el decreto de la suspensión del acto que lo eligió como concejal.

³ Folios 111 a 118

⁴ Folio 113 vuelto.

6.2. En este sentido, adujo que el auto recurrido viola de manera palmaria la normativa y jurisprudencia aplicables a las medidas cautelares en el proceso electoral, debido a la forma en que fue propuesta su solicitud al respecto, en la medida en que el demandante no la sustentó de forma expresa ni remitió al concepto de la violación expuesto en la demanda, incumpliendo con dicha carga procesal.

6.3. A su vez, alegó que el *a quo* realizó una errada valoración de los hechos y las pruebas del proceso, en razón a que estima que los contratos en los que se soportó la demanda no tienen el carácter de públicos, pues su naturaleza es eminentemente privada y, por ello, se rigen por las normas propias del derecho comercial más no por el Estatuto de Contratación Pública, tal como lo consagra el Acuerdo 073 de 2017, por el cual se aprobaron y fijaron las políticas de contratación de esa Empresa Industrial y Comercial del Estado.

6.4. Adicionalmente, destaca que los contratos en los que se soportan las solicitudes de nulidad y de medida cautelar fueron resciliados, por mutuo acuerdo de las partes, lo que a su juicio tiene como consecuencia devolver las cosas, jurídica y materialmente, al estado anterior a su celebración, máxime cuando no se produjo ninguna erogación o pago, conforme se prueba con la constancia de 20 de noviembre de 2019, expedida por el jefe de asuntos corporativos de la Industria de Licores de Caldas.

6.5. Finalmente, reiteró que el Contrato 271 de 2019 no fue ejecutado pese a que la vigencia de la póliza de garantía inició el 3 de mayo de 2019, hecho que no genera actividades o actuaciones que desarrollen o cumplan el objeto contractual.

6.6. Posteriormente, a través de memorial radicado en la secretaría de esta Corporación el 26 de febrero de 2019, el apoderado del demandado presentó escrito de complementación de recurso de apelación que incluyen nuevos argumentos y documentales.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1.1. Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 18 de diciembre de 2019, por medio del cual la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal del Municipio de Manizales, período 2020-2023, únicamente respecto de esta última decisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 150⁵ y 277⁶ del CPACA, en armonía con lo previsto en el

⁵ “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación...”.

⁶ “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por

artículo 13 del Acuerdo No. 80 del 12 de marzo de 2019, por cuanto el auto impugnado se profirió en el trámite de un proceso de primera instancia⁷.

2. Oportunidad del recurso

2.1 La Sala observa que el recurso de apelación se presentó, debidamente sustentado el 15 de enero de 2020, fecha en que el demandado se notificó por conducta concluyente del auto de 18 de diciembre de 2019, tal como lo estableció el *a quo* en la providencia del 24 de enero de 2020⁸, por medio de la cual concedió la alzada.

3. Problema jurídico

3.1. Por tanto, en primer término, entrará a resolver si se cumplen los presupuestos de procedencia de la medida, en caso afirmativo se procederá a establecer si existe mérito suficiente para confirmar o revocar la suspensión provisional del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López, como concejal del Municipio de Manizales, para el período 2020-2023, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto que de su confrontación con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen el correspondiente procedimiento electoral, surja la configuración de la inhabilidad, por celebración de contratos, establecida en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000?

3.2. Para solucionar lo anterior, a continuación se abordará el estudio de: (i) Cuestión previa respecto del escrito de complementación presentado por la parte demandada; (ii) la protección cautelar en el proceso contencioso-administrativo, (iii) el presupuesto para ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado; y con base en tales consideraciones generales; y, iv) el caso concreto.

4. Cuestión previa respecto del escrito de complementación del recurso de apelación presentado por la parte demandada

4.1 Revisado el expediente, la Sala observa que el apoderado de la parte demandada allega escrito del 25 de febrero de 2020, por medio del cual "*Complementa Recurso de Apelación contra Auto del 18 de diciembre de 2019 que decreto (sic) la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo demandado*"⁹, donde adiciona nuevos argumentos y allega documentos para respaldarlos.¹⁰

el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación".

⁷ Según el artículo 152, numeral 8 del CPACA, los Tribunales Administrativos conocerán en primera la nulidad electoral del acto de elección de miembros de corporaciones públicas en municipios con más de 70.000 habitantes o que sean capital de departamento, supuesto que se cumple en el asunto pues se demanda la elección de un concejal de Manizales.

⁸ Folios 143 a 149.

⁹ Folios 157.

¹⁰ Folios 157 a 165.

4.2 Al respecto se debe precisar que la apelación del auto, al igual que el escrito que pretenda complementarlo debe presentarse dentro del término previsto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia impugnada, pues permitir que se presenten memoriales de complementación o adición sin límite en el tiempo, configuraría un abuso de esta figura y redundaría en dilación en el trámite del proceso.

4.3 Comoquiera que el auto recurrido de 18 de diciembre de 2019 se notificó al demandado por conducta concluyente el quince (15) de enero de 2020, él tenía hasta el veinte (20) de enero de 2020 para interponer recurso de apelación y los escritos de complementación. No obstante, el demandante allegó el memorial de complementación del recurso de apelación el 25 de febrero de esta anualidad, esto es, por fuera del término legal.

4.4 Así las cosas, teniendo en cuenta que el escrito de complementación se presentó por fuera del plazo señalado, los argumentos allí expuestos no pueden ser considerados por la Sala y por ello, se abstendrá de realizar algún pronunciamiento sobre ellos.

5. La protección cautelar en el proceso contencioso-administrativo

5.1. Uno de los aspectos más destacados de la Ley 1437 de 2011, en contraste con la legislación anterior, se encuentra en el título XI, dedicado a las medidas cautelares procedentes en el marco de los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, las cuales: (i) revisten naturaleza instrumental, provisional y mutable; (ii) se sustentan en la apariencia de buen derecho y el riesgo de la mora¹¹; y (iii) tienen por finalidad garantizar el objeto del proceso y la efectividad del fallo.

5.2. Se trata, entonces, de *«otra de las consecuencias que ha producido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso (...), que impone la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia, y, por lo tanto, pretende evitar que la acción judicial se produzca cuando se ha ejecutado el acto o el hecho o se ha producido un daño irreparable»*¹².

5.3. A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la normativa actual supera la concepción tradicional de la protección cautelar como mera garantía del control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas contemplada por el legislador: la suspensión provisional. En su lugar, la asume como un poderoso mecanismo de protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas frente

¹¹ Con excepción de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, cuyos requisitos específicos se encuentran previstos en el inciso primero del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

¹² ARAÚJO OÑATE, Rocío Mercedes. "Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado". Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (1), p. 263.

a los eventuales abusos de la Administración, al encontrarse dispensada de la intervención de las autoridades judiciales para exigir el cumplimiento de su voluntad.

5.4. Por ende, ante tal prerrogativa de la ejecutoriedad de sus propios actos, capaz de imponer a los administrados la carga de emprender largos y onerosos procesos para obtener la razón, es preciso contraponer el derecho ciudadano a su plena justiciabilidad, que precisa de la protección cautelar a fin de suspenderla, sustituirla o mantenerla, pues aquella no puede desplegarse al margen de cualquier control jurisdiccional, en virtud del principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

5.5. De allí que el juez constitucional haya considerado esta clase de medidas como un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos fundamentales, respecto del cual la acción de tutela refuerza su carácter subsidiario, en cuanto ha reconocido su potencial, en la teoría y práctica, para hacer cesar los efectos de la eventual vulneración de aquellos, por quienes están llamados a salvaguardarlos. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

(...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”.¹³

5.6. En otras palabras, esta institución procesal, tal como ha sido regulada en la Ley 1437 de 2011, materializa el rol del juez contencioso administrativo como garante de los derechos de las partes y la dimensión del derecho administrativo como derecho constitucional concretizado, según la fórmula del profesor alemán Fritz Werner, a fin de salvaguardar la tutela judicial efectiva de los administrados frente al principio de autotutela de la Administración, teniendo en cuenta que, en palabras de García de Enterría:

En el proceso contencioso administrativo la tutela cautelar contrapesa el formidable privilegio administrativo de la autotutela y trata de cortar inicialmente su abuso por la administración, nada infrecuente, que intenta jugar con la ventaja de la larga duración del proceso. La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva a esta, la administración, cuando se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, desnaturalizando así la institución procesal, haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Son, pues, un instrumento que vuelve al proceso su función genuina y que impide su desnaturalización, en modo alguno una excepción al mismo y a su lógica institucional¹⁴.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Curso de Derecho Administrativo 2, Editorial Civitas: Madrid, décimo tercera edición, 2013, p. 668

5.7. En este orden, el análisis de cualquier medida cautelar decretada en el marco de un proceso contencioso-administrativo como el que aquí nos ocupa, debe partir del supuesto de que la reversibilidad plena de la situación jurídica consolidada por el acto acusado es materialmente imposible, más todavía por los plazos requeridos para su decisión, por lo que su uso no puede asumirse *a priori* como excepcional, sino como el ejercicio legítimo de una facultad del juez, como director del proceso, que se despliega a solicitud de parte y siempre que lo encuentre necesario para propender por la efectividad de la sentencia, como expresión de la justicia material.

6. Presupuesto para ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

6.1. El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 establece una fórmula innominada para la adopción de medidas cautelares, clasificándolas en preventivas, conservativas, anticipativas y suspensivas, admitiendo en esta tipología la adopción de cualquiera que el juez encuentre necesaria para impedir que el ejercicio del medio de control respectivo pierda su finalidad, de acuerdo con los fundamentos de hecho y derecho de cada caso en concreto.

6.2. Al respecto, señala un catálogo de aquellas, con carácter meramente enunciativo y orientativo, en el que contempla la suspensión provisional, en su numeral 3¹⁵, como herencia del anterior estatuto, que dedicaba su título XVII a regular esta figura, como la única posibilidad de protección cautelar dentro del proceso contencioso administrativo vigente para entonces.

6.3. Así entonces, al coexistir en la actualidad diferentes modalidades de medidas cautelares, concurren también distintos presupuestos para ordenarlas, de modo tal que *«La interpretación de los requisitos legales para la procedencia y el decreto de la medida cautelar debe tener en cuenta el concepto de tutela judicial efectiva, en el sentido que como lo sostiene el propio Consejo de Estado, no sólo comprende el reconocer a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino también la obligación correlativa de estas de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio sea real y efectivo»*.¹⁶

6.4. De esta manera, cuando se pretende el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, la parte solicitante debe cumplir con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, por tratarse

¹⁵ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:
(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

¹⁶ GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos. Proceso Contencioso Administrativo. Fase escrita- Fase oral. Debates procesales hacia una nueva reforma. Editorial Ibañez: Bogotá, 2019, p. 702.

también de una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo¹⁷; específicamente dicha norma dispone, que tal medida cautelar:

(...) procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (...).

6.5. Sobre el particular, esta corporación ha destacado que en la actual regulación de esta medida, se prescinde de la «*manifiesta infracción*» exigida por la anterior legislación, y además se «*presenta una variación significativa (...), por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud*», lo cual habilita al juez para realizar un estudio preliminar más amplio sobre el asunto en disputa, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento¹⁸.

6.6. Con ello se supera la exigencia reiterada de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que para el decreto de la suspensión provisional el acto acusado debía contrariar de manera clara, ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores, y se libera el juez de la camisa de fuerza que le impedía realizar análisis más profundos y dispensar una tutela judicial efectiva desde un primer momento procesal¹⁹.

6.7. En consecuencia, se impone correlativamente una carga argumentativa y/o probatoria, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar, que debe ser valorada por el juez competente en el auto que decide sobre su decreto, así como el que eventualmente conozca de ella, en segunda instancia, para determinar el cumplimiento de las anteriores exigencias, a fin de prevenir que el acto administrativo demandado agote sus efectos o que se enerve el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia.

6.8. En este orden, para que proceda la suspensión provisional, debe establecerse que el acto acusado es violatorio de alguna de las normas que se consideran infringidas en el cuerpo de la demanda o en escrito separado, o lo que es lo mismo, que existen serios motivos para considerar que las pretensiones están llamadas a prosperar.

6.9. Aunque este presupuesto, en el contencioso de nulidad electoral, coincide con el estudio de fondo de la demanda, debe precisarse que, por tratarse de una medida provisional, es un juicio de mera probabilidad o verosimilitud, más no de

¹⁷ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066).

¹⁹ GARZÓN MARTÍNEZ, op. Cit., p. 703.

certeza. A su vez, su oportunidad se valora en los términos del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, según el cual esta medida debe solicitarse en el libelo introductorio, para que pueda ser decidida en el auto admisorio de la demanda, respetando el término de caducidad que rige para dicho medio de control.

6.10. En lo que tiene que ver con los requisitos necesarios para que proceda el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral, esta Sala en reciente providencia de 12 de diciembre de 2019²⁰, estableció lo siguiente:

29. A partir de las normas citadas, se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto enjuiciado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) la petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.(21)

30. Al respecto, la doctrina ha destacado (22) que con la antigua codificación, -Código Contencioso Administrativo-, se requería para la procedencia de la suspensión provisional, la existencia de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas, esto es, infracción grosera, de bulto, observada prima facie. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como transgredidas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su escrito introductorio para que sea procedente la medida cautelar.

31. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia, basado en los requisitos y en los criterios de admisibilidad de la medida cautelar de la cual se trata. (Subrayado fuera del original)

6.11. De lo anterior se deduce, que el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto electoral procede cuando del análisis de los argumentos y pruebas aportadas por el peticionario, surja la trasgresión de las normas superiores y legales invocadas como vulneradas en la solicitud o la demanda.

7. Caso concreto

A juicio del apelante, el auto censurado desconoció la normativa y jurisprudencia aplicables al trámite y decisión de la solicitud de suspensión provisional del acto enjuiciado, en razón a que el *a quo* no tuvo en cuenta que: (i) el demandante no

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 05001-23-33-000-2019-02852-01, M.P Doctora Rocío Araujo Oñate.

²¹ Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, C.P. Rocío Araujo Oñate, auto de 30 de junio de 2016 Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016 Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016 Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 C.P. Rocío Araujo Oñate.

²² BENAVIDES José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013 pg. 496.

sustentó debidamente su petición al respecto y (ii) los contratos en que soportó su decreto no tienen la naturaleza jurídica de públicos, además que fueron resciliados, de manera que él no los ejecutó ni recibió pago o beneficio alguno con ocasión de ellos, por lo que, en su criterio, no se configura la causal de inhabilidad invocada en su contra, es decir, que en síntesis se expusieron dos cargos de apelación, los cuales pasan a estudiarse.

7.1. La debida sustentación de la solicitud de suspensión provisional. Rectificación jurisprudencial.

7.1.1. Sobre el primer reparo elevado contra el auto apelado, la Sala observa que en el Capítulo III de la demanda, titulado «*MEDIDA CAUTELAR PREVIA*», el actor hizo alusión a los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, como fundamento jurídico de su solicitud, normas que consagran las reglas de procedencia, contenido, requisitos, procedimiento, modificación, cumplimiento, responsabilidad y sanciones, en materia de medidas cautelares, analizadas en los acápites precedentes. Dentro de este marco normativo, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en «*aras de salvaguardar y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades*»²³, confrontó el acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López, como concejal del Municipio de Manizales, período 2020-2023, con las disposiciones, argumentos, y pruebas aportadas en aquella.

7.1.2. Al respecto, esta corporación se ocupará de establecer si en este caso se cumple el presupuesto para la procedencia de las medidas cautelares, establecido en el artículo 229 del C.P.A.C.A., consistente en «*petición de parte debidamente sustentada*». Así, en lo que tiene que ver con el alcance de tal disposición en los procesos electorales, mediante providencia de 9 de abril de 2015²⁴, se explicó que:

(...) esta Sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte.²⁵

²³ Folio 113 vuelto.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 9 de abril de 2015, radicación 19001-23-33-000-2015-00044-01 MP. Alberto Yepes Barreiro (E)

²⁵ Consultar autos de 8 de octubre de 2014, Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P.: Susana Buitrago Valencia. Acción de nulidad electoral. Radicado N° 2014 – 0097. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandada: María del Socorro Bustamante Ibarra; y, Radicado N° 2014 – 0127. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandado: Moisés Orozco Vicuña. Auto de trece 13 de agosto de 2014. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación No. 2014-00057-00. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle. Demandada: Johana Chaves García. Auto Admisorio y suspensión provisional. Folio 5.

7.1.3. Posteriormente, se precisó que, para efectos de satisfacer tal exigencia, la parte demandante puede: «(i) invocar, nuevamente, las normas que señala como desconocidas en su demanda; (ii) presentar otros argumentos distintos pero que complementen los formulados en la demanda o (iii) expresar clara y concretamente, que para ese efecto se remite a los motivos expuestos en el concepto de la violación²⁶.»

7.1.4. En sentido similar, sobre el contenido de esta carga procesal, se aclaró que:

«(...) a. La medida cautelar se debe solicitar, con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o bien puede el demandante sustentarlo en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o siquiera una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. b. La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza–, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. »²⁷

7.1.5. Analizado el contenido de las providencias reseñadas, se observa que integran una línea jurisprudencial, a la que alude el apelante en este cargo, cuyo fundamento está en la especificidad del medio de control de nulidad electoral, que tiene por objeto salvaguardar el derecho fundamental a elegir y ser elegido, como expresión de los principios democrático y de participación en el ejercicio y control del poder político, por lo que la exigencia de motivación de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado adquiere especial trascendencia.

7.1.6. Ahora bien, el inciso final del artículo 277 de dicha normativa, que rige en esta clase de procesos²⁸, establece que la medida cautelar en cuestión «*debe solicitarse en la demanda*», supuesto en el que esta Sección no encuentra procedente exigir una carga argumentativa adicional, en cuanto su solicitud se entiende integrada al libelo inicial, en forma inescindible, y por ende, fundada en los mismos hechos, concepto de la violación y pruebas que se desarrollan en tu texto, por lo que tampoco resulta exigible, en tal escenario, que el actor haga una remisión expresa al mismo documento que la contiene, lo cual resultaría redundante.

7.1.7. Esta interpretación tiene sustento también en que para ordenar la suspensión provisional, el artículo 231 del C.P.A.C.A. estableció un requisito específico, al consagrar que «*procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de*

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 18 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00014-00 MP. Lucy Jeannette Bermúdez.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 30 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00046-00 MP. Lucy Jeannette Bermúdez.

²⁸ Consagrado en el Título VIII del CPACA que contiene las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral.

las pruebas allegadas con la solicitud» (negritas fuera del original), mientras que para las demás medidas cautelares prevé un listado de requisitos distintos²⁹.

7.1.8. Por tanto, en el caso de la suspensión provisional, la disposición habilita al juez a consultar, al momento de resolver sobre su decreto, las normas que el demandante considera infringidas en el libelo introductorio, cuando su solicitud se encuentra incluida en su cuerpo, para efectos de realizar el cotejo entre el acto acusado y aquellas con miras a verificar su eventual infracción, como condición para su prosperidad.

7.1.9. En cambio, en el caso de las otras medidas cautelares *in genere* se deben examinar los cuatro requisitos señalados en la norma en cita, lo que implica una carga argumentativa y probatoria adicional para el actor, que justifica entrar a diferenciar entre la sustentación de su solicitud y la de la demanda, la cual no es predicable frente a la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos de elección, en la que esa motivación accesoria resulta potestativa, so pena de llevar al demandante *in extremis* a reproducir en el acápite correspondiente inserto en la demanda, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios invocados como fundamento de sus pretensiones de nulidad.

7.1.10. Esta es la interpretación de las normas analizadas en precedencia que mejor se atiene al objeto y fin de la protección cautelar prevista en la Ley 1437 de 2011, para prevenir que en su aplicación se incurra en exceso ritual manifiesto y el alcance que debe darse a su tenor literal, en observancia de los postulados superiores que amparan el acceso a la justicia material y la tutela judicial efectiva, a fin de reforzar el rol del juez contencioso-administrativo, en general, como garante de la legalidad y del juez electoral, en particular, como guardián del principio democrático, la transparencia en los procedimientos electorales y la igualdad en el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, que en reciente sentencia de unificación reafirmó que:

(...) la aplicación del principio de justicia rogada, en materia de lo contencioso administrativo, no puede llegar al extremo de conducir a la adopción de una decisión judicial que resulte abiertamente incompatible con el ordenamiento jurídico, especialmente cuando su interpretación restringe (i) el goce efectivo de los derechos fundamentales de aplicación inmediata previstos en el Texto Superior, (ii) normas y principios consagrados en la Constitución Política, (iii) la real comprensión de la relación jurídica-procesal trabada por las partes, (iv) el

²⁹ « ART. 231- Requisitos para decretar medidas cautelares [distintas de la suspensión provisional] (...)

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios».

cumplimiento de derechos humanos y normas de derecho internacional humanitario ratificadas por el Estado colombiano y, finalmente, (v) leyes relevantes para la resolución del asunto comprometido³⁰.

7.1.11. Así las cosas, manteniendo los elementos estructurales de la línea jurisprudencial de la Sección Quinta en materia del contenido y alcance de las medidas cautelares en los procesos electorales, la Sala considera necesario rectificar su precedente en cuanto a la sustentación de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, cuando esta se encuentra inserta en la demanda, en los términos que quedaron expuestos.

7.1.12. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el cargo de apelación por falta de motivación de la solicitud de medida cautelar no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que: (i) la petición de suspensión provisional se consignó **en el cuerpo del escrito inicial**, con la indicación de las normas en que se apoya, las que remiten al juez a contrastar el acto acusado con «**las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**», y (ii) el *a quo* limitó su estudio a los supuestos de hecho y derecho formulados por el actor, con su correspondiente sustento probatorio, **en la demanda en que se encuentra inserta dicha solicitud**, de manera que se observó el contenido del artículo 229 y ss. del C.P.A.C.A., en consonancia con el inciso final del artículo 277 de dicha normativa, en cuanto al carácter rogado de las medidas cautelares y los requisitos para su procedencia y prosperidad.

7.2. La configuración de la causal del artículo 40, numeral 3º de la Ley 617 de 2000.

7.2.1. Se observa que la suspensión provisional de la elección del demandado fue decretada, en primera instancia, por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, con fundamento en las pruebas allegadas por el señor Torregroza Gutiérrez, a partir de las cuales encontró configurada, en esta etapa procesal, la inhabilidad para ser concejal establecida en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, norma invocada y desarrollada por aquel en el concepto de la violación correspondiente, debido a que el 24 de abril de 2019, es decir, dentro del periodo inhabilitante, el señor Julián Andrés Pineda López celebró dos contratos con la Industria Licorera de Caldas- Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental, en interés propio, a título oneroso, y en la misma circunscripción territorial en la que resultó elegido.

7.2.2. Sobre esta conclusión, la sala considera pertinente empezar su revisión, citando la referida previsión normativa, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-061 del 7 de junio de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

(...)

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.”

7.2.3. Del contenido de esta disposición, se deduce que la mencionada inhabilidad se configura en tres hipótesis distintas, a saber, cuando el candidato o elegido, durante el año anterior a la elección, haya intervenido en: (i) la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros ante entidades públicas del nivel distrital o municipal, (ii) la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, con un interés propio o a favor de terceros, siempre que se deban ejecutar en la respectiva circunscripción territorial; o (iii) haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas y contribuciones o entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado, dentro del municipio o distrito correspondiente.

7.2.4. En relación con el segundo supuesto de hecho, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado los elementos necesarios para su configuración, los cuales sintetizó en sentencia reciente³¹, en los siguientes términos:

“Ahora bien, de la lectura de la norma anteriormente transcrita se pueden extraer los elementos que integran dicha inhabilidad³², de forma tal que se puede 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 efectiva³³ del respectivo contrato

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicación 13001-23-33-000-2018-00417-01 (2018-00394-00, 2018-00416-00 y 2018-00419-00) C.P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 30 de mayo de 2019.

³² 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, C.P. 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 M.P. 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, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

³³ En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia del 9 de julio de 2009 radicación 110010328000200600115-00 (acumulado), N° interno 4056 C.P. Susana Buitrago Valencia, determinó al estudiar la norma análoga prevista en la Constitución respecto a 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*

estatal³⁴ 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”³⁵.

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 terceros³⁶. (Subrayado fuera del original)

7.2.5. En este orden, se reitera que para que se configure esta causal de inhabilidad, en la hipótesis bajo estudio, es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de tales elementos definitorios (temporal, territorial, objetivo y subjetivo), al margen de las condiciones de tiempo y modo para la ejecución o liquidación del contrato que se analice, en cuanto que *«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**³⁷ del respectivo contrato estatal³⁸ dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución o liquidación.»*³⁹

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)

dades públicas.

³⁴ Es decir, en el que al menos una de las partes sea estatal.

³⁵ Osorio Calderón, ob. Cit. Pág.159.

³⁶ Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001032800020140005100. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁷ En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia del 9 de julio de 2009 radicación 110010328000200600115-00 (acumulado), N° interno 4056 C.P 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 M.P. Gerardo Arenas Monsalve determinó que para que la conducta prohibitiva de dicha inhabilidad era la “*Celebración*” de contratos con entidades públicas.

³⁸ Es decir, en el que al menos una de las partes sea estatal.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencias del 12 de diciembre de 2019, radicación número: 05001-23-33-000-2019-02852-01. C.P Rocío Araujo Oñate, 11 de abril de 2019, radicación: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-000127-00 Y 11001-03-28-000-2018-000130-00) C.P Alberto Yepes Barreiro, 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y autos de sala del 13 de abril de 2016,

7.2.6. Por su parte, de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra demostrado, al menos sumariamente, que:

- El 24 de abril de 2019, el demandado suscribió con la Industria Licorera de Caldas el contrato 270-2019 por valor de \$25.000.000, cuyo objeto fue la: *“Vinculación publicitaria de las marcas de la ILC en el restaurante bar Solario Back Yard”*⁴⁰. En esta actuación se aportaron las pólizas de cumplimiento 42-46-10106312 y 42-54-10100143, tomadas el día 30 de abril siguiente⁴¹ y las aprobaciones de esas garantías el 3 de mayo del mismo año⁴².

- El 24 de abril de 2019, el demandado suscribió un segundo contrato con la Industria Licorera de Caldas, No. 271- 2019 por valor de \$15.000.000, cuyo objeto fue la: *“Vinculación Publicitaria en los sitios de consumo Bendito Seas y Dolar (sic) Club”*⁴³, acuerdo que fue garantizado con las pólizas de cumplimiento 42-46-10106310 y 42-54-10100142, tomadas por el demandado el día 30 siguiente⁴⁴ y las aprobaciones de esas garantías el 3 del mismo año⁴⁵.

- También se aportaron en la demanda, los siguientes documentos correspondientes a este último convenio: (i) propuesta del 4 de febrero de 2019, presentada por el demandado ante la Industria de Licores de Caldas⁴⁶; (ii) acta 07 de 11 de febrero de 2019 del Comité de Mercadeo de la Industria de Licores de Caldas donde se recomendó la anterior propuesta⁴⁷; (iii) estudios de necesidad, conveniencia y oportunidad para la vinculación publicitaria⁴⁸; (iv) evaluación jurídica de la propuesta presentada por el demandado⁴⁹; (v) certificado de disponibilidad presupuestal CDP-000000947 de 24 de abril de 2019⁵⁰; y (vi) registro presupuestal 19RP-000001548 de 3 de mayo de 2019⁵¹.

- Mediante escrito del 6 de mayo de 2019, el señor Pineda López solicitó la terminación del contrato en cuestión, alegando motivos personales⁵², razón por la que al día siguiente se suscribió acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo entre él y la Industria Licorera de Caldas, donde consta que

radicación 25000-23-24-000-2015-02753-01 M.P. Alberto Yepes Barreiro; del 2 de agosto de 2018, radicación 13001-23-33-000-2018-00394-01 M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁰ Folios 97 a 10346.

⁴¹ Folios 104 y 106

⁴² Folios 105 y 107.

⁴³ Folios 81 a 84.

⁴⁴ Folios 85 y 86

⁴⁵ Folios 85 vuelto y 86 vuelto.

⁴⁶ Folios 56 y 57.

⁴⁷ Folios 58 a 62

⁴⁸ Folios 78 a 81

⁴⁹ Folio 75

⁵⁰ Folio 77

⁵¹ Folio 88

⁵² Folio 92

a esa fecha no se había ejecutado y, por ende, no hubo erogación alguna para la entidad⁵³.

7.2.7. Con fundamento en los precedentes judiciales y pruebas reseñadas, la Sala procede a verificar si se encuentran satisfechos los presupuestos para otorgar la medida cautelar deprecada, con base en la configuración de la causal de inhabilidad invocada por la parte actora, tal como lo hizo el *a quo* en la providencia apelada. Así, en relación con los elementos definitorios de aquella, se concluye en principio, que:

7.2.8. Frente al elemento temporal, cabe destacar que los comicios locales en que el demandado resultó electo como concejal, se celebraron el 27 de octubre de 2019, de manera que el periodo inhabilitante, esto es, el año anterior a la elección, transcurrió entre dicha fecha y el 27 de octubre de 2018. Por tanto, los contratos 270 y 271 fueron suscritos por él y la Empresa Licorera de Caldas dentro de ese término, el 24 de abril de 2019.

7.2.9. Ahora bien, conforme lo determinado en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, las inhabilidades previstas en la norma se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. En este caso, el elemento territorial se configura porque tales convenios⁵⁴, se suscribieron y debían ejecutarse en Manizales.

7.2.10. Sobre el elemento subjetivo, se probó que el demandado intervino para obtener consecuencias jurídicas a su favor, que terminaron en la celebración, a nombre propio, de ambos contratos con la Administración, obrando como representante legal de las empresas contratistas, y con ello se rompió el equilibrio frente a los candidatos que no tuvieron acceso a la contratación estatal en el periodo inhabilitante.

7.2.11. Finalmente, en lo que tiene que ver con el requisito material u objetivo, se observa que el demandado intervino en la etapa previa y celebró ambos contratos con la Empresa de Licores de Caldas, entidad que tiene la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental, de conformidad con lo establecido en la Ordenanza 742 de 2014 y el Acuerdo 05 de 2015.

7.2.12. Sobre este punto, el apelante alega que: (i) «*dicho contrato o contratos NO SON PÚBLICOS, sino que tienen NATURALEZA EMINENTEMENTE PRIVADA que se rigen por las propias normas del derecho comercial y no por el Estatuto de Contratación Pública*»⁵⁵ y (ii) «*dicho contrato o contratos fueron Resciliados y Descelebrados en razón a Mutuo Discenso Expreso de las partes, mediante la decisión de dar por terminado cada respectivo contrato certificando*

⁵³ Folio 93

⁵⁴ Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden departamental, de conformidad con lo establecido en la Ordenanza 742 de 2014 y el Acuerdo 05 de 2015.

⁵⁵ Folio 122

que no había sido ejecutado y que en razón de él no se había realizado pago o erogación alguna (...)»⁵⁶, lo cual a la luz de la jurisprudencia específicamente aplicable al caso exige concluir que dicho contrato o contratos no generan inhabilidad prevista en el numeral 3 del art. 43 de la ley 136 de 1994.”⁵⁷

7.2.13. Al respecto, sea lo primero reiterar la jurisprudencia, según la cual los contratos celebrados con Empresas Industriales y Comerciales del Estado ostentan «(...) *la naturaleza de contrato estatal*»⁵⁸, en los términos del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen legal que los rige.⁵⁹

7.2.14. A su vez, frente a la resciliación del contrato 271 de 2019, se tiene que conforme a lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993⁶⁰ los contratos estatales se perfeccionan con la suscripción de las partes. Al respecto, la Sección Tercera “concluyó y ahora se reitera que i) *la existencia del contrato no difiere de la perfección, esto es cumplidos los elementos esenciales que dan lugar al contrato no queda sino aceptar la relación jurídico contractual; ii) por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”⁶¹

7.2.15. De manera que, conforme al artículo 39 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades públicas deben constar por escrito y conforme a la previsión del artículo 41 de ese estatuto, se perfeccionan cuando se logre acuerdo respecto del objeto y la contraprestación.

7.2.16. De lo anterior se deriva que la terminación del contrato por *mutuo discenso* sólo procede frente al contrato que se perfeccionó y, por ende, nació a la vida jurídica. Ahora, del análisis del contenido del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es posible deducir que la configuración de la inhabilidad allí consagrada no depende de su ejecución (excepto con el lugar en que debe tener lugar) o de que se reciba la contraprestación o que se cumplan las obligaciones pactadas, sino de los elementos objetivos relacionados con su celebración.

7.2.17. En este sentido, la Sala reafirma que la causal bajo estudio se configura por la celebración del contrato más no por su ejecución efectiva⁶², en los siguientes términos:

⁵⁶ Folio 123

⁵⁷ Folio 123

⁵⁸ Sentencia de la Sección Quinta de 8 de marzo de 1996, radicación: 13001-23-31-000-1996-01520-01C.P Amado Gutiérrez Velásquez

⁵⁹ Sobre éste tema ver, entre otras sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 30 de octubre de 2019, 76001-radicación 23-31-000-2004-01005-02(43945) C.P Alberto Montaña Plata y Sección Quinta de 8 de septiembre de 2005, radicación: 18001-23-31-000-2003-00396-02(3660) C.P María Nohemí Hernández Pinzón.

⁶⁰ Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

⁶¹ Auto Sección Tercera, Subsección “b” de 10 de mayo de 2018, radicación: 68001-23-31-000-1999-01452-01(41186)

⁶² Consultar, entre otros: Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2012, radicación 11001-03-28-000-2010-00025-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto a la teleología de la inhabilidad antes mencionada, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3

Lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución,⁶³ que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute⁶⁴ y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos.⁶⁵

7.2.18. Por lo anterior, se halla acreditado en esta etapa preliminar que el demandado suscribió dos contratos con la Empresa de Licores de Caldas dentro del periodo inhabilitante, los cuales debían ser ejecutados en la circunscripción territorial por la cual resultó elegido como concejal, en su propio beneficio, de manera que de la confrontación preliminar entre el acto de elección controvertido y las normas cuya infracción se predica, especialmente, el artículo 40, numeral 3 de la Ley 617 de 2000, en principio, surge una oposición entre ambos parámetros de comparación, tal como lo sostuvo el *a quo* en la decisión recurrida.

8. Conclusión

8.1 La Sala confirmará el auto del 18 de diciembre de 2019, por medio del cual la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López, como concejal del Municipio de Manizales, periodo 2020-2023, al encontrar satisfechos, en este momento del proceso, los elementos para la configuración de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 40, numeral 3 de la Ley 617 de 2000, en su contra.

En mérito de lo expuesto, la Sala

9. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 18 de diciembre de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, en su Sala Quinta de Decisión, respecto de la decisión de decretar la suspensión provisional del acto de elección del señor Julián Andrés Pineda López como concejal del Municipio de Manizales, periodo 2020-2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00051-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁶³ Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 5ª de la Sala de los Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

⁶⁴ Sobre éste tópico ver, entre otras sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la de 27 de octubre de 2005, expediente 3850.

⁶⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Expediente No. 080012331000200700943-01. Demandante: Juan Carlos Gutiérrez Strauss. Demandado: Concejal del Municipio de Sabanalarga. C.P. Mauricio Torres Cuervo.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 244 del CPACA, contra lo resuelto no procede ningún recurso.

TERCERO: En firme esta providencia, REMITIR el proceso al Tribunal Administrativo del Caldas para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requiere sustentación propia o mencionar en forma expresa que se remite al concepto de violación de la demanda / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Debió negarse dado que la solicitud carecía de fundamentos para proceder su estudio de fondo como tampoco remitía al concepto de violación de la demanda

A mi juicio, los motivos por los que discrepo de la decisión de confirmar la declaratoria de suspender los efectos del acto declaratorio de elección proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, aplicando el principio constitucional del mandato 223 Superior sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, lo sustentó en que la postulación cautelar carecía de fundamentos para proceder su estudio de fondo y retomo al efecto los mismos planteamientos que expuse recientemente, el 28 de febrero del año que transcurre, para sustentar mi punto de divergencia dentro del vocativo de nulidad electoral 11001-03-28-000-2019-00087-00. (...). En lo que refiere a la argumentación que debe contener la petición cautelar, desde ese entonces ya se exigía que tuviera como fundamento el concepto de la violación formulado con la demanda o que del mismo se diera

cuenta en escrito aparte, lo importante era que dicha exposición evidenciara el vicio alegado a partir de la confrontación del acto acusado con las normas superiores invocadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...). Destaco de [una providencia que se cita] que, nuevamente, dejó establecido que para fundar la suspensión provisional, en aquellos casos en que no se hace en escrito aparte, la remisión a la demanda es en lo relacionado con el concepto de la violación y no en cualquier otro aparte del escrito inicial. (...). Así las cosas, resulta evidente que la tesis de la Sala de lo electoral, desde 2013 y hasta 2020, en materia de sustanciación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados vía medio de control de nulidad electoral ha sido constante en exigir del actor que manifieste, a efectos de fundar su petición, si remite al concepto de violación de la demanda o que lo manifieste en escrito aparte. En este orden de ideas, la providencia de 20 de febrero de 2020, en mi criterio, debió seguir con la línea jurisprudencial que de manera constante y pacífica ha construido esta Sala Electoral y, en el evento, que se considerare que esa postura debía modificarse, acudir a la jurisprudencia anunciada para que esta nueva interpretación afecte solo a las demandas y solicitudes de medidas cautelares que se instauren y pidan luego de la difusión de la variación hermenéutica; ello por cuanto largo y arduo ha sido la labor que se ha hecho en esta colegiatura para generar seguridad jurídica, manteniendo la confianza legítima de la comunidad en las posiciones jurisprudenciales que se construyen, y con el mayor comedimiento creo que se debe conservar para mantener el privilegiado lugar que ello le ha permitido al derecho electoral. (...). Como consecuencia de lo anterior, a mi parecer, la medida cautelar debió negarse pero porque su petición cautelar, como lo relata el auto, tuvo como único fundamento en su literalidad, la siguiente rogación: "(...) dictar MEDIDA CAUTELAR PREVIA hasta que se resuelva el asunto en discusión, para que el SEÑOR JULIÁN ANDRÉS PINEDA LÓPEZ, NO SE POSEIONE COMO CONCEJAL DE MANIZALEZ, EL 02 DE ENERO DE 2020.", postulación que incluso fue advertida en forma flagrante y expresa por el Tribunal a quo, cuando en el auto objeto de apelación indicó: "(...) aun cuando la parte demandante no sustentó específicamente la petición de medida cautelar como le era exigido por el artículo 229 del CPACA, en aras de salvaguardar y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades, este Tribunal acudirá al fundamento expuesto en la demanda". Por lo que recabo, como lo manifesté en Sala, a mi juicio, la petición cautelar resultaba insuficiente para tener como sustentada la petición, pues ni siquiera remite al concepto de la violación de la demanda, omisión que conllevaba a la negativa de la medida por carencia de argumentación. Quiere decir lo anterior, que la inadvertencia respecto de la carga de la argumentación o su expresa remisión al concepto de violación de la demanda, debió ser motivo suficiente para declarar la negativa de la solicitud de suspensión provisional, pues como ya se precisó in extenso no se trata de un aspecto meramente formal sino de un requisito legal. En este orden de ideas, debo concluir que admitir una "sustentación" como la expuesta en este caso, que claramente resulta exigua para abordar su estudio de fondo, también resulta desconocedora de la tesis mantenida en el tiempo por esta Sección Electoral desde antaño y en forma unívoca, sin que en el presente caso se haya anunciado la rectificación jurisprudencial, conforme las voces del artículo 103 del CPACA y dando cumplimiento a los presupuestos que dicha regulación impone, cuando de variar la jurisprudencia se trata, cuya previsión dispone: "[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". Con el mayor respeto por la posición mayoritaria, creo ampliamente demostrado que la providencia en la cual salvo mi voto modificó la jurisprudencia pacífica de más de 6 años de vigencia que, además, avala una labor oficiosa del juez electoral y que

dicha actuación tiene la virtualidad de atentar contra los derechos que les asisten a las partes e intervinientes que acuden al proceso electoral y con mayor rigor al sujeto accionado. Y es que los cambios de postura como los que hizo la providencia de la cual disiento -en cuanto a la fundamentación de la medida cautelar objeto de análisis-, debería haber sido objeto de jurisprudencia anunciada, lo que pretendo es que no se vean afectados los derechos de las partes que acuden al trámite del proceso electoral y que confían en que las reglas vigentes también se aplicarán en su caso. (...). En efecto, como ya antes se demostró con suficiencia, la interpretación de la Sala Electoral en cuanto a los requisitos establecidos por el CPACA, en su artículo 231, en lo referente a la suspensión provisional, en jurisprudencia de más 6 años hasta el momento pacífica, fue la de que esta medida cautelar se debe solicitar de manera expresa con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en escrito separado. (...). [L]a postura según la cual cualquier remisión a la demanda permite al juez electoral acudir a su texto de manera integral, para de allí extraer los argumentos en los cuales se funda la solicitud de suspensión provisional, deviene en una actuación oficiosa del operador jurídico la cual claramente desatiende y desconoce las exigencias de requerir una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida cautelar soportada en el concepto de la violación. Como lo he manifestado en esta disidencia, es al interesado a quien le corresponde señalar si la suspensión provisional la eleva con fundamento en todos los cargos de violación expuestos en la demanda o solo en algunos de ellos, pero en todo caso no es una labor de interpretación para la cual esté facultado el juez electoral.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a los requisitos que deben estar presentes para abordar el análisis de la suspensión provisional, en materia electoral, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 11 de julio de 2013, radicación 11001-03-28-000-2013-00021-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre la exigencia de que la medida cautelar se funde en el concepto de violación de la demanda, o que el demandante la sustente en escrito separado, consultar, entre otras que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, radicación 11001-03-28-000-2014-00081-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, tesis reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2014, radicación 11001-03-28-000-2014-00099-00; auto de 8 de octubre de 2014, radicación 11001-03-28-000-2014-00097-00, M.P. Susana Buitrago Valencia; auto de 26 de noviembre de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00023-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 18 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00014-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 223 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 17001-23-33-000-2019-00551-01

Actor: INGMAR RAFAEL TORREGOZA GUTIÉRREZ

Demandado: JULIÁN ANDRÉS PINEDA LÓPEZ - CONCEJAL DE MANIZALES

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - SALVAMENTO DE VOTO A AUTO - Medida cautelar de suspensión requiere sustentación propia o mencionar en forma expresa que se remite al concepto de violación de la demanda, de lo contrario existe falta de carga argumentativa

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que no compartí la decisión por las razones que a continuación expongo, que sustentan mi posición divergente en cuanto al presupuesto de carga argumentativa que debe existir en la formulación de la medida cautelar de suspensión provisional.

A mi juicio, los motivos por los que discrepo de la decisión de confirmar la declaratoria de suspender los efectos del acto declaratorio de elección proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, aplicando el principio constitucional del mandato 223 Superior sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, lo sustento en que la postulación cautelar carecía de fundamentos para proceder su estudio de fondo y retomo al efecto los mismos planteamientos que expuse recientemente, el 28 de febrero del año que transcurre, para sustentar mi punto de divergencia dentro del vocativo de nulidad electoral 11001-03-28-000-2019-00087-00⁶⁶.

El fundamento normativo de los requisitos de la petición cautelar está contenido en los artículos 231 del CPACA, que dispone:

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

⁶⁶ Demandante: Juan José Sánchez Tapiero. Demandado: Fabio Buriticá Bermeo, Rector de la Universidad de la Amazonía.

La Sección Quinta en relación a los requisitos que deben estar presentes para abordar el análisis de la suspensión provisional, en materia electoral, mediante providencia de 11 de julio de 2013, dejó claro que:

“Entonces, la nueva norma [CPACA] precisa que: 1°) La medida **cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.** Exige que **la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación.** 2°) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”⁶⁷.

En lo que refiere a la argumentación que debe contener la petición cautelar, desde ese entonces ya se exigía que tuviera como fundamento **el concepto de la violación formulado con la demanda** o que del mismo se diera cuenta en escrito aparte, lo importante era que dicha exposición evidenciara el vicio alegado a partir de la confrontación del acto acusado con las normas superiores invocadas como vulneradas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Como desarrollo y continuidad de la postura antes expuesta; la Sala reiteró en providencia de 13 de agosto de 2014⁶⁸, que:

“...las disposiciones precisan que **la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda,** pero en todo caso que sea **específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación** y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud” (Negrilla fuera de texto original).

Destaco de la anterior providencia que, **nuevamente, dejó establecido que para fundar la suspensión provisional,** en aquellos casos en que no se hace en escrito aparte, la remisión a la demanda es en lo relacionado con el concepto de la violación y no en cualquier otro aparte del escrito inicial.

⁶⁷ Auto de 11 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-28-000-2013-00021-00, actor: Tito Llerena Salazar, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁶⁸ Auto de 11 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-28-000-2013-00021-00, actor: Tito Llerena Salazar, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Mediante providencia también de 2014, la Sala insistió en la exigencia de que la medida cautelar se fundara en el concepto de violación de la demanda, o que el demandante la sustentara en escrito separado, precisando que la petición debe tener argumentación específica y propia o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación⁶⁹.

Es más, en auto de 8 de octubre de 2014⁷⁰ la Sala precisó que en materia electoral “...se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo [entonces] para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte”.

Luego de la anterior precisión en la misma providencia, se concluyó que: “...en el presente asunto, pese a que el demandante pidió en escrito separado que se decrete la suspensión provisional del acto acusado, **omitió indicar qué motivos o razones sustentan su solicitud. Tampoco señaló que se funde en las censuras que elevó como concepto de violación de la demanda**”, situación que conllevó a que se negara la suspensión requerida.

En 2015, la Sala no varió su postura y por el contrario insistió en la necesidad de que la fundamentación de la medida cautelar de suspensión provisional constara en escrito aparte o en la demanda si remitía al concepto de la violación, destacando la necesidad de argumentación específica y propia, como pasa a demostrarse:

“Comienza la Sala por precisar que el actor propuso en el numeral 5º del libelo de la demanda, la solicitud y sustentación de la medida cautelar deprecada, de conformidad con los fundamentos de derecho desarrollados en el mismo, a los cuales se remitió expresamente. Citó como transgredidos los artículos (...)⁷¹”.

La exigencia de la sustanciación de la mentada medida cautelar no cambió para el 2016, al punto que la Sala negó, mediante providencia de 18 de febrero de 2016, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto de elección del rector de la Universidad de Córdoba, periodo 2015-2018, porque el actor omitió sustentarla o remitir al concepto de violación de la demanda, lo anterior en los siguientes términos:

⁶⁹ Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00081-00, Actor: Juan Sebastian Franco Reyes, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, tesis reiterada en providencia de 18 de septiembre de 2014, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00099-00, actor: Moises Orozco Vicuña.

⁷⁰ Rad. No. 11001032800020140009700, actor: Fabián Leonardo Reyes Porras, M.P. Susana Buitrago Valencia

⁷¹ Auto de 26 de noviembre de 2015, Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00023-00, Actor: Federico González Campos, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

“Conviene precisar, que el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado únicamente en los siguientes términos:

‘Honorable Magistrado, solicitamos que decrete la suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba ´por el cual se designa al señor Jairo Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, para un periodo de tres años, a partir del 19 de diciembre de 2015` y el Acta de Posesión de fecha diciembre 18 de 2015 `Por el cual el señor Jairo Torres Oviedo, toma posesión del cargo de rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, designado por el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015´.

Resulta evidente que la parte demandante **omitió cumplir con la carga de sustentar su petición de suspensión provisional y tampoco anunció que para estos efectos la Sala se remitiera a los fundamentos de la demanda, situación que impone que su solicitud sea desestimada pues, el incumplimiento de este requisito deviene en el desconocimiento de las razones normativas y fácticas por las cuales se pretende que los efectos jurídicos del acto de designación acusado deben ser suspendidos**⁷².

Queda en evidencia que nuevamente la Sala insistió en su postura según la cual ante la omisión del interesado de fundarla en la forma legalmente establecida por el CPACA, procede la negativa del decreto de la suspensión provisional. Postura que se mantuvo vigente para el 2017 como puede fácilmente advertirse entre otras en providencia de 9 de febrero de 2017⁷³,

En providencia de 8 de febrero de 2018⁷⁴, la Sala continuó manifestando que la medida cautelar se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o el demandante puede sustentarlo en escrito separado., reiterando su exigencia de “...**una sustentación específica y propia**”⁷⁵.

De igual manera, la Sala en auto de 12 de diciembre de 2019⁷⁶, en la parte considerativa insistió en que “...**las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado - siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en**

⁷² Auto de 18 de febrero de 2016, Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00014-00, Actor: José Gabriel Flórez Barrera, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷³ Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00084-00, actor William Yesid Lasso, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷⁴ Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00001-00, actor: Daniel Enrique Afanador Macías, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷⁵ Al respecto, también pueden consultarse autos de 16 de agosto de 2018, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00069-00, actor: Germán Camilo Díaz Fajardo, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷⁶ Rad. No. 11001-03-28-000-2019-00061-00, actor: Andrés Ricardo Sánchez Quiroga, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Así las cosas, resulta evidente que la tesis de la Sala de lo electoral, desde 2013 y hasta 2020⁷⁷, en materia de sustanciación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados vía medio de control de nulidad electoral ha sido constante en exigir del actor que manifieste, a efectos de fundar su petición, si remite al concepto de violación de la demanda o que lo manifieste en escrito aparte.

En este orden de ideas, la providencia de 20 de febrero de 2020, en mi criterio, debió seguir con la línea jurisprudencial que de manera constante y pacífica ha construido esta Sala Electoral y, en el evento, que se considerare que esa postura debía modificarse, acudir a la jurisprudencia anunciada para que esta nueva interpretación afecte solo a las demandas y solicitudes de medidas cautelares que se instauren y pidan luego de la difusión de la variación hermenéutica; ello por cuanto largo y arduo ha sido la labor que se ha hecho en esta colegiatura para generar seguridad jurídica, manteniendo la confianza legítima de la comunidad en las posiciones jurisprudenciales que se construyen, y con el mayor comedimiento creo que se debe conservar para mantener el privilegiado lugar que ello le ha permitido al derecho electoral.

Todo ello bajo la consideración de la particular y superlativa importancia que comporta la acción electoral, pues además que se enfrenta a un acto propiamente electoral, esto es, derivado de la voluntad popular, se acompasa con la característica rogada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando se trata del conocimiento de asuntos que versan y recaen sobre la legalidad del acto y con la presunción de legalidad, característica ineluctable del acto administrativo y, claro del acto electoral, todo ello mayormente reforzado, para la exigencia de carga argumentativa cautelar, con el propósito misional de la nulidad electoral y de la nulidad de contenido electoral, como es la protección a la democracia, a la gobernabilidad y a la legitimidad de las personas que direccionan al país.

Como consecuencia de lo anterior, a mi parecer, la medida cautelar debió negarse pero porque su petición cautelar, como lo relata el auto, tuvo como único fundamento en su literalidad, la siguiente rogación: “(...) *dictar MEDIDA CAUTELAR PREVIA hasta que se resuelva el asunto en discusión, para que el SEÑOR JULIÁN ANDRÉS PINEDA LÓPEZ, NO SE POSESIONE COMO CONCEJAL DE MANIZALEZ, EL 02 DE ENERO DE 2020.*”, postulación que incluso fue advertida en forma flagrante y expresa por el Tribunal a quo, cuando en el auto objeto de apelación indicó: “(...) *aun cuando la parte demandante no sustentó específicamente la petición de medida*

⁷⁷ Al respecto, puede consultarse las providencias de 20 de enero de 2020, Rad. No. 11001032800020190008800, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio y 6 de febrero de 2020, Rad. No. 76001233300020190106601, M.P. Rocío Araújo Oñate

cautelar como le era exigido por el artículo 229 del CPACA, en aras de salvaguardar y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades, este Tribunal acudirá al fundamento expuesto en la demanda⁷⁸.

Por lo que recabo, como lo manifesté en Sala, a mi juicio, la petición cautelar resultaba insuficiente para tener como sustentada la petición, pues ni siquiera remite al concepto de la violación de la demanda, omisión que conllevaba a la negativa de la medida por carencia de argumentación.

Quiere decir lo anterior, que la inadvertencia respecto de la carga de la argumentación o su expresa remisión al concepto de violación de la demanda, debió ser motivo suficiente para declarar la negativa de la solicitud de suspensión provisional, pues como ya se precisó *in extenso* no se trata de un aspecto meramente formal sino de un requisito legal.

En este orden de ideas, debo concluir que admitir una “sustentación” como la expuesta en este caso, que claramente resulta exigua para abordar su estudio de fondo, también resulta desconocedora de la tesis mantenida en el tiempo por esta Sección Electoral desde antaño y en forma unívoca, sin que en el presente caso se haya anunciado la rectificación jurisprudencial, conforme las voces del artículo 103 del CPACA y dando cumplimiento a los presupuestos que dicha regulación impone, cuando de variar la jurisprudencia se trata, cuya previsión dispone: “[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**” (énfasis propio).

Con el mayor respeto por la posición mayoritaria, creo ampliamente demostrado que la providencia en la cual salvo mi voto modificó la jurisprudencia pacífica de más de 6 años de vigencia que, además, avala una labor oficiosa del juez electoral y que dicha actuación tiene la virtualidad de atentar contra los derechos que les asisten a las partes e intervinientes que acuden al proceso electoral y con mayor rigor al sujeto accionado.

Y es que los cambios de postura como los que hizo la providencia de la cual disiento -en cuanto a la fundamentación de la medida cautelar objeto de análisis-, debería haber sido objeto de jurisprudencia anunciada, lo que pretendo es que no se vean afectados los derechos de las partes que acuden al trámite del proceso electoral y que confían en que las reglas vigentes también se aplicarán en su caso.

Valga señalar que en este caso, bien pudo el demandado limitar su defensa a solicitar que la medida cautelar fuera denegada por falta de sustentación, para lo cual le bastaría demostrar que el demandante **no remitió su argumentación al concepto de la violación de la demanda y tampoco la realizó en escrito**

⁷⁸ Folio 113 vuelto.

aparte, lo cual hasta la fecha en que se dictó el auto, objeto del presente salvamento, resultaba perfectamente plausible.

Considero que debo poner de presente que en materia electoral si bien es cierto el legislador permitió que cualquier persona puede ejercer el medio de control, no por esta razón se puede desconocer los requisitos y exigencias legales y jurisprudenciales que desde la presentación de la demanda conlleva el adelantar el procedimiento previsto en el CPACA y demás normas concordantes, más cuando –se insiste- el acto cuyos efectos se pide suspender son la manifestación clara de la soberanía que en nuestro Estado radica en el pueblo y, como ya lo mencioné, el respeto a aspectos medulares e improntas del contencioso administrativo y del acto administrativo y electoral como es la justicia rogada que caracteriza a esta jurisdicción cuando conoce sobre la legalidad de las decisiones de la administración y la presunción de legalidad que las cubre, que imponen a quien quiere derivar el efecto jurídico de la norma, concurrir con la suficiente postulación argumentativa.

De la misma manera no es dable olvidar que es labor del juez electoral de procurar por la defensa y protección de los derechos no solo del demandante sino de la totalidad de partes y de los intervinientes que acudan al proceso, incluso los del propio demandado, entonces exigencias como la que se extraña en este caso de -sustentar en debida forma la solicitud de suspensión provisional del acto demandado-, resulta de suma importancia para procurar porque el proceso se adelante en legal forma y no se llegue al extremo de resolver peticiones cautelares de manera oficiosa.

En efecto, como ya antes se demostró con suficiencia, la interpretación de la Sala Electoral en cuanto a los requisitos establecidos por el CPACA, en su artículo 231, en lo referente a la suspensión provisional, en jurisprudencia de más 6 años hasta el momento pacífica, fue la de que esta medida **cautelar se debe solicitar de manera expresa con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en escrito separado.**

Por lo anterior, son dos los precisos escenarios fijados por el Consejo de Estado Sección Quinta y no ninguno otro; es decir, el concepto de la violación, en los casos en que el demandante expresaba que esa era su voluntad o en escrito aparte.

Al respecto, no sobra mencionar que no en pocos asuntos, el actor en su demanda presentaba más de un cargo de violación que ameritaban la anulación del acto acusado, sin embargo, limitaba la medida cautelar a aquellos reparos que entendía le permitía demostrar que "...tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud" como lo exige el art. 231 del CPACA, por considerar que los demás vicios requerían del

agotamiento del trámite propio del proceso electoral y que fueran resueltos en el fallo que pusiera fin a la controversia.

Es por lo anterior que considero que la postura según la cual cualquier remisión a la demanda permite al juez electoral acudir a su texto de manera integral, para de allí extraer los argumentos en los cuales se funda la solicitud de suspensión provisional, deviene en una **actuación oficiosa del operador jurídico** la cual claramente desatiende y desconoce las exigencia de requerir una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida cautelar soportada en el concepto de la violación.

Como lo he manifestado en esta disidencia, es al interesado a quien le corresponde señalar si la suspensión provisional la eleva con fundamento en todos los cargos de violación expuestos en la demanda o solo en algunos de ellos, pero en todo caso no es una labor de interpretación para la cual esté facultado el juez electoral.

Además, debo insistir, el fundamento de la suspensión provisional no puede estar al arbitrio del juez, sino que se trata de una carga de origen legal y jurisprudencial que debe demostrar el actor y que ante su omisión lo único que deberá proceder es desestimar su petición, entonces cuando el demandante no manifiesta de manera expresa que remite al concepto de la violación de la demanda, pero el juez electoral así lo asume y, además, acude al texto completo de la demanda para encontrar los argumentos en los cuales –se debe tener por fundada la petición cautelar-, en mi concepto resulta en una actuación oficiosa, improcedente y desconocedora de la tesis que ha mantenido vigente esta Sección.

Sumado a lo anterior, puede resultar en una actuación que tiene la virtualidad de atentar contra los derechos al debido proceso y de defensa que le asiste al accionado del medio de control de nulidad electoral, realizando una remisión frente a la que carece de competencia, pues esta actuación está prevista para ser desplegada por el demandante.

Finalmente, itero y llamo la atención, a que con el giro dado por la mayoría de la Sala, era factible que el demandado no hubiera podido ejercer en debida forma sus derechos a la defensa y a la contradicción e incluso se viera amenazada su confianza legítima, problemática que no se presentaría si la modificación de las tesis vigentes se hicieran, no en esta precaria etapa del proceso y que sus efectos se proyectaran a futuro.

En los anteriores términos salvo mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada