



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra

Bogotá D.C. veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicados: 20001-23-33-000-2021-00001-02 Acum.
Demandantes: CARLOS ALBERTO URIBE SANDOVAL, FREDY JOSÉ MARTÍNEZ JIMÉNEZ y OCTAVIO JOSÉ GUERRA ESPINOSA
Demandada: JOHANA CAVIEDES PABÓN (PERSONERA DE AGUACHICA 2020-2024)
Temas: Fallo. Inhabilidad por intervención en la celebración de contratos (literal g) art. 174 Ley 136 de 1994). Personero municipal.

Sentencia – Segunda instancia

La Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos y sustentados oportunamente por el demandante Fredy Martínez, la parte accionada y el Concejo Municipal de Aguachica contra la sentencia de 10 de marzo de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral y anuló la elección de la Personera de Aguachica.

I. ANTECEDENTES

1.1. Las demandas

Los señores Carlos Alberto Uribe Sandoval, Fredy José Martínez Jiménez y Octavio José Guerra Espinosa, en escritos independientes¹, presentaron demandas, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral² previsto en el artículo 139 del CPACA, contra el Acta de Sesión No. 087 del 13 de noviembre de 2020, por medio del cual, el Concejo Municipal de Aguachica designó a Johana Caviedes Pabón, como personera de ese ente territorial.

¹ A los procesos que se iniciaron les fueron asignados los números de radicado 20001-23-33-000-2021-00001-00, 20001-23-33-000-2021-00007-00 y 20001-23-33-000-2021-00009-00.

² Las demandas fueron incoadas el 26 de enero de 2021 (Radicado 00009), 18 de enero de 2021 (Radicado 00007) y 12 de enero de 2021 (Radicado 00001).



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

1.2. Los fundamentos fácticos

Las demandas presentan un sustento fáctico común. Esto permite, por economía procesal, la narración unificada de los hechos:

1.2.1. Mediante Resolución No. 009 del 21 de enero de 2020, la mesa directiva del Concejo Municipal de Aguachica – Cesar revocó oficiosamente el concurso público de méritos para escoger personero para el periodo institucional 2020 – 2024, el cual se venía desarrollando desde el año 2019 y se había desarrollado hasta la fase del examen de conocimientos a los participantes.

1.2.2. En sesión ordinaria del 4 de febrero de 2020, mediante proposición No 002 de dicha fecha, la plenaria del Concejo de Aguachica autorizó a la mesa directiva para adelantar un nuevo proceso de selección del personero municipal para el periodo 2020-2024.

1.2.3. El 18 de marzo de 2020, el presidente de la mesa directiva del Concejo Municipal de Aguachica suscribió el convenio N° 001/2020 con la Universidad de Pamplona, que tuvo por objeto:

“...prestar asesoría, acompañamiento y apoyar la realización de las actividades necesarias en el proceso del concurso público de méritos para la elección del personero municipal de Aguachica Cesar para el periodo institucional 2020- 2024.”.

1.2.4. Posteriormente, la mesa directiva del cabildo expidió la Resolución 018 del 20 de marzo de 2020, por medio de la cual convocó y reglamentó el concurso público de méritos, a fin de proveer el cargo de personero municipal de Aguachica. Sin embargo, con ocasión de las medidas sanitarias adoptadas a causa de la pandemia generada por el COVID19, a través de la Resolución 020 del 24 de marzo de 2020, suspendió la ejecución del convenio suscrito con la Universidad de Pamplona.

1.2.5. El 6 de agosto de 2020, en sesión ordinaria virtual, la plenaria del Concejo Municipal de Aguachica designó³ a la abogada Johana Caviedes Pabón como personera transitoria. La elegida tomó posesión del cargo de manera inmediata.

1.2.6. En el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I, consta que la señora Caviedes Pabón, el día 13 de diciembre de 2019, celebró con la Defensoría del Pueblo el contrato de prestación de servicios profesionales No. DP-4456-2019, con el fin de brindar asesorías como abogada para la representación

³ Obtuvo 9 votos.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

judicial y extrajudicial de los usuarios del servicio de defensoría pública; y la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos.

El valor del contrato fue por \$56.250.000.00. El plazo de ejecución se extendió, conforme a la literalidad del acuerdo, hasta el 31 de diciembre de 2020; no obstante, culminó por voluntad de la contratista en julio de 2020. El lugar de ejecución fue en el municipio de Aguachica.

1.2.7. Mediante Resolución N° 042 de 31 de agosto de 2020, se levantó la suspensión de la ejecución del Convenio 001 de 2020, suscrito con la Universidad de Pamplona. Además, se dejó sin efectos la Resolución N° 020 de marzo 24 de 2020.

1.2.8. Una vez agotadas las diferentes etapas del proceso, mediante Resolución N° 069 del 11 de noviembre de 2020, se adoptó y publicó la lista definitiva de elegibles en estricto orden de méritos. El primer lugar fue ocupado por la accionada y el segundo lugar correspondió al señor Fredy José Martínez Jiménez –hoy uno de los demandantes.

1.2.9. A través de Resolución N° 072 del 12 de noviembre de 2020, la mesa directiva del Concejo Municipal de Aguachica, aceptó la renuncia irrevocable de la demandada en el cargo de personera transitoria del municipio.

1.2.10. Finalmente, en sesión ordinaria virtual del 13 de noviembre de 2020, contenida en el Acta 087 de 2020, el concejo municipal eligió a la señora Johana Caviedes Pabón, como personera de Aguachica, con el voto de 8 cabildantes pertenecientes a la coalición “*Equipo del progreso*”.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. La demanda del proceso 2021-00001

El demandante Octavio José Guerra Hinojosa invocó la violación de normas superiores, a saber: los artículos 1 a 6, 13, 15, 21, 29, 121 a 123 y 209 Constitucionales; 34.9 y 35.18 de la Ley 734 de 2002; 5 de la Ley 190 de 1995; literales a) y g) del artículo 174.2 y 95.2 de la Ley 136 de 1994.

Si bien plantea como causal de nulidad la violación de las normas superiores invocadas, tal censura converge a la nulidad electoral que encuadra en la causal del artículo 275.5 del CPACA, con fundamento en que la accionada al momento de la elección se encontraba incurso en hechos constitutivos de inhabilidad



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

previstos en el artículo 95.2 y en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

El primero, porque dentro del término inhabilitante de los doce meses, fungió como personera transitoria, cargo con funciones de autoridad administrativa, conforme a las atribuciones que son asignadas en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994. Esta inhabilidad indicó que se encuentra prevista en el artículo 95.2 *ibidem*, aplicable por analogía a los personeros, en virtud de la remisión que hace el artículo 174 literal a).

El segundo, con fundamento en el literal g) del artículo 174 de la ley en cita, por haber intervenido en la celebración de contrato de prestación de servicios el 13 de diciembre de 2019, con la Defensoría del Pueblo, dentro del período inhabilitante, evento impeditivo para desempeñar el cargo de personero.

Explicó que conforme a los presupuestos previstos en la ley que estructuran la figura, el factor temporal está dado por el año anterior a la elección, el elemento material por la intervención en la celebración del contrato con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio (elemento territorial) y, finalmente, el elemento subjetivo relacionado con el interés propio o de terceros. Al efecto, indicó que la accionada fue elegida el 13 de noviembre de 2020, cuando había celebrado contrato de prestación de servicios profesionales con la Defensoría del Pueblo, el 13 de diciembre de 2019.

1.3.2. La demanda del proceso 2021-00007.

El actor Fredy José Martínez Jiménez consideró que el acto transgredió las normas en que debería fundarse, comoquiera que no se pueden elegir personas inhabilitadas. Las normas invocadas fueron: los artículos 1, 2, 29, 84 y 85 de la Constitución Política; el literal i) del artículo 10 y los numerales 1 y 2 del parágrafo 1 del artículo 19 y el artículo 53 de la Resolución 018 de 2020 de la mesa directiva del cabildo “*por medio de la cual se convoca y reglamenta el concurso público de méritos para el cargo de Personero Municipal de Aguachica Cesar Periodo 2020-2024*”; los artículos 34.9, 35.18 y 48.17 de la Ley 734 de 2002 y el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Este demandante se decanta por indicar que la accionada estaba incurso en inhabilidad del literal g) precitado, comoquiera que el 13 de diciembre de 2019 celebró contrato de prestación de servicios profesionales de abogada con la Defensoría del Pueblo.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Esa es la razón para que conforme al artículo 275.5 del CPACA se declare la nulidad de la elección.

1.3.3. La demanda del proceso 2021-00009.

El demandante Carlos Alberto Uribe Sandoval invocó como violados los artículos 2, 4, 29 y 209 Superiores; 34.9 y 35.18 de la Ley 734 de 2002; 5 de la Ley 190 de 1995 y el artículo 174 literales b) y g) de la Ley 136 de 1994, en armonía con el artículo 95.2 *ibidem*.

Centra la postulación en las inhabilidades en las que incurre la demandada, a saber: (i) en los hechos indica que la accionada celebró contrato de prestación de servicios profesionales con la Defensoría del Pueblo el 13 de diciembre de 2019, para ser ejecutado en el municipio de Aguachica; para luego explicar (ii) en el concepto de violación que el impeditivo para la elegibilidad de la demandada se estructura en la causal de intervención en la celebración de ese contrato. Invocó al efecto el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Además, (iii) porque ocupó el cargo de personera transitoria, es decir un empleo público en la administración central municipal, incursionando en el impedimento del b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

1.4. La contestación

El traslado del auto admisorio fue descorrido por la demandada, quien se opuso a la acusación de encontrarse inhabilitada conforme al literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, comoquiera que su situación no se encuadra en el elemento objetivo, por cuanto el contrato de prestación de servicios DP-4456 de 13 de diciembre de 2019 se celebró con la Defensoría del Pueblo.

Explicó que la entidad contratante es un órgano de control que hace parte del Ministerio Público, conforme lo indican los artículos 118 y 281 de la Constitución Política. Esa la razón para que desde el criterio orgánico o estructural no haga parte de la administración pública central o descentralizada del municipio de Aguachica, como lo permiten concluir el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en armonía con el artículo 13 de la Ley 24 de 1992, que dan cuenta de que la Defensoría cumple sus funciones de manera desconcentrada. En consecuencia, a juicio de la demandada, no se configura el supuesto el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Además, planteó que no existe prohibición para que una persona ejerza como contratista prestando un servicio esencial fundamental, como lo es la defensoría



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

pública. En este contexto, no resultaría impeditivo para la accionada ejercer el cargo de personera municipal para el cual fue elegida habiendo sido contratista en dichas labores.

De otra parte, frente a la censura sustentada en la inhabilidad de haber ejercido autoridad administrativa, consideró que tampoco estaba incurso, al considerar que:

“...el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, trata es de las funciones de los personeros, y no contiene la prohibición de reelección, aunado a que quien haya sido personero, no tiene limitado su derecho de participar en concurso de méritos para la provisión del cargo”.

1.5. Aspectos trascendentes en el trámite

1.5.1. Las demandas fueron admitidas y decretada la suspensión provisional por auto de 11 de marzo de 2021. Los procesos fueron acumulados mediante providencia de 22 de abril de 2021 proferida por el Tribunal *a quo*.

La medida cautelar de suspensión provisional fue decretada por el Tribunal en auto del 11 marzo de 2021, al considerar que se demostró que la accionada celebró el contrato de prestación de servicios con la Defensoría del Pueblo (elemento objetivo); ii) que el contrato en mención fue suscrito en el mes de diciembre de 2019 y la designación de la señora Caviedes Pabón ocurrió el 13 de noviembre de 2020, es decir, dentro del término del año anterior a la elección y iii) que tal convenio tuvo como lugar de ejecución en Aguachica.

Esa decisión fue revocada por la Sección Quinta en auto de 16 de septiembre de 2021. En esta providencia, se advirtió que la competencia como juez *ad quem*, estaba limitada a la apelación, comoquiera que la suspensión se decretó por la conducta de celebración de contrato, en el que el organismo estatal contratante es la Defensoría del Pueblo. Esa es la razón para entender que dicha entidad al no hacer parte del sector central o descentralizado de la administración municipal, alejaba a la accionada del supuesto fáctico específico de la inhabilidad de celebración de un negocio jurídico⁴. Posteriormente, mediante providencia de 14 de octubre de 2021 se negaron las solicitudes de aclaración y adición. Lo primero, al no evidenciar oscuridad en el supuesto de la inhabilidad de celebración de contratos que se circunscribe al nivel que se mencionó y lo segundo, porque no hubo claridad en los puntos omitidos.

⁴ Valga recordar que la magistrada Rocío Araújo aclaró el voto para indicar que la norma que consagra dicha inhabilidad (literal g) del art. 174 de la Ley 136 de 1996) contiene, adicionalmente, otra conducta impeditiva, como lo es, la intervención en la celebración del contrato.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

En la audiencia inicial celebrada el 3 de noviembre de 2021, se indicó que los argumentos sustento de las excepciones corresponden a aspectos de mérito que se analizan en la sentencia. Así mismo, se **fijó el litigio** en los siguientes términos:

“De conformidad con lo anterior, y lo solicitado en las pretensiones de las demandas acumuladas, el litigio se centrará en determinar, en primer lugar, si es nulo o no, el acto administrativo contenido en el Acta de Sesión Plenaria no presencial del Concejo Municipal de Aguachica – Cesar, de fecha 13 de noviembre de 2020, que declaró la elección de la señora JOHANA CAVIEDES PABÓN, como Personera de esa municipalidad, para el periodo 2020-2024.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar, si dada la nulidad del acto de elección deprecada y a que el mismo obedece a una causal subjetiva, resulta procedente, nombrar en propiedad como Personero Municipal de Aguachica para dicho período institucional, a quien tuviere el derecho legítimo conforme a la lista de elegibles adoptada mediante Resolución N° 069 del 11 de noviembre de 2020”.

1.6. El fallo de primera instancia

Mediante sentencia de 10 de marzo de 2022, el Tribunal Administrativo del Cesar decidió:

“PRIMERO. DECLARAR imprósperas las excepciones de mérito⁵ propuestas por la parte demandada; por las razones indicadas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta de Sesión Ordinaria “N° 051 del 6 de agosto de 2020⁶” (sic), por medio del cual, el Concejo Municipal de Aguachica eligió a JOHANA CAVIEDES PABÓN, como Personera de ese municipio, para el período institucional 2020-2024; de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

TERCERO. La declaratoria de nulidad implica que el Concejo Municipal de Aguachica debe elegir a un nuevo personero de la lista de elegibles conformada para el efecto, según Resolución N° 069 del 11 de noviembre de

⁵ Las excepciones propuestas solo fueron de mérito, a saber: inexistencia de la violación del artículo 95.2 de la Ley 136 de 1994 y no configuración de la segunda causal de inhabilidad invocada por la parte demandante, contenida en el literal g) del artículo 174 de ese mismo ordenamiento.

⁶ Esta literalidad fue corregida mediante auto de 7 de abril de 2022 proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, en tanto el acto demandado es el Acta de sesión plenaria no presencial de 13 de noviembre de 2020.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

2020, que esa misma corporación conformó para proveer dicho cargo, con exclusión de la señora JOHANA CAVIEDES PABÓN”.

La razón fundamental de la decisión del *a quo* se sustentó en que la accionada al momento de ser elegida estaba incurso en el primer presupuesto de la causal de inhabilidad del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Al efecto, se probó que intervino en la celebración de su contrato de prestación de servicios con una entidad pública, como lo es la Defensoría del Pueblo.

Recordó que la medida cautelar de suspensión provisional fue revocada dentro del marco específico del cuestionamiento que llevó el recurso de apelación, es decir, enfocado únicamente en la inhabilidad proveniente de la celebración de contrato, que es una de las previstas en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Sin desconocer lo anterior, el Tribunal consideró importante mencionar que en el referido auto del Consejo de Estado revocatorio de la medida, se hizo la siguiente mención:

“Al respecto, se precisa que la Sala hizo un esfuerzo en desglosar los elementos de la inhabilidad contemplada en el artículo 174, literal g) de la Ley 136 de 1994 que se estructura así: ‘g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio’.

Sin embargo, vale la pena aclarar al memorialista que el estudio efectuado se circunscribió a la segunda de las hipótesis que se destaca en la transcripción, por la potísima razón que los recursos de apelación versaron sobre dicho supuesto; esto sin perjuicio de que en la eventual sentencia que pueda conocer en segunda instancia esta corporación, se aborde en su integridad el análisis de la norma en concreto”.

Destacó que en el mismo sentido de este aparte final, se pronunció la magistrada⁷ que aclaró el voto.

Luego, el Tribunal indicó que si bien mediante fallo de 15 de diciembre de 2021, dictado dentro del radicado 2020-00418-00, el Consejo de Estado revocó la declaratoria de nulidad de la designación transitoria de la personera, dejó claro que el estudio estaba limitado al campo estricto de los argumentos del recurso de apelación, es decir, dentro del contexto de la inhabilidad por la celebración de un

⁷ Magistrada Rocío Araújo Oñate.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

contrato, que es una de las dos conductas previstas en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Al efecto, transcribió las consideraciones de dicha providencia que consideró pertinentes, para concluir que existen dos presupuestos para la inhabilidad que se analiza desde la conducta de intervención, ya que ambos supuestos inhabilitantes fueron invocados en las demandas y evidenció que los pronunciamientos del Consejo de Estado tuvieron que limitarse solo a una de ellas, esto es, a la celebración del contrato, por ser este el extremo que en su momento fijaron quienes apelaron. Sin perjuicio de lo anterior, aclaró que el *ad quem*⁸ fue explícito en acotar que quedaba abierta la posibilidad de que en el fallo se abordara de manera integral el contenido del precepto del literal g) del artículo 174 de la norma citada.

Habiendo dejado en claro los aspectos narrados, procedió a analizar el caso concreto. Al efecto, descartó la inhabilidad generada por la celebración del contrato y procedió a asumir el estudio de la otra conducta impeditiva prevista, esto es la intervención en la celebración del negocio jurídico.

Dentro de ese contexto, el *a quo* se apoyó en la providencia de 14 de octubre de 2021, que decidió las solicitudes de adición y aclaración contra el auto del Consejo de Estado de 16 de septiembre de 2021⁹, proferido dentro de este vocativo. En este se consideró que en el respectivo fallo de instancia se abordaría, en su integridad, el análisis del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Luego de analizar el alcance de la inhabilidad de intervención en la celebración del contrato y de cotejarla con las pruebas, indicó que la accionada estaba incurso en ella, comoquiera que el contrato celebrado se suscribió con la Defensoría del Pueblo. Así las cosas, como el elemento objetivo de esta causal solo indica que debe tratarse de cualquiera entidad pública, en esta cualificación sí encuadra aquella.

En relación con el elemento temporal indicó que el contrato fue celebrado el 13 de diciembre de 2019, mientras que la designación data de 13 de noviembre de 2020. Así las cosas, la intervención en la celebración del contrato estuvo dentro del período inhabilitante del año anterior a la elección.

Respecto a la segunda causal de inhabilidad que se le enrostró a la accionada, consistente en el ejercicio de autoridad, contemplada en el artículo 95.2 de la Ley

⁸ “Al cual”. “Dicho de un juez o de un tribunal: Al que se recurre frente a esa resolución de otro juez o tribunal inferior”.

⁹ Mediante el cual se revocó el decreto de suspensión provisional.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

136 de 1994, consideró que no era aplicable al asunto, por cuanto el literal a) del artículo 174 de esa misma regulación, no es cláusula remisoría a la primera norma mencionada. Esa la razón para denegarla, por cuanto no se puede analizar una conducta impeditiva que no es aplicable por analogía.

Advirtió que en el vocativo 2021-00007-00 se solicitó que en caso de anularse el acto, se nombrara como personero en propiedad a quien tuviera el derecho legítimo derivado de la lista de elegibles (Resolución 069 de 11 de noviembre de 2020).

Indicó que habida consideración de que la irregularidad advertida no afecta a todo el procedimiento de elección y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionó la misma, por lo que resulta posible retomar el procedimiento justo en el momento antes de que se presentara.

Al respecto, conforme a la normativa prevista en el artículo 288 del CPACA, en armonía con las causales 5 y 8 del artículo 275 del mismo ordenamiento y a la jurisprudencia¹⁰ del Consejo de Estado, es necesario que se deba elegir a un nuevo personero de la lista de elegibles ya conformada, con la exclusión de la accionada Caviedes Pabón.

1.7. La aclaración contra el fallo de primera instancia

Por auto de 7 de abril de 2022, el Tribunal negó la solicitud de adición del fallo¹¹ y aclaró la sentencia indicando que el acto anulado era el Acta de sesión plenaria ordinaria presencial 087 de 13 de noviembre de 2020.

1.8. Los recursos de apelación

Dentro de la oportunidad procesal prevista para el efecto, uno de los demandantes Fredy Martínez, la accionada y el Concejo Municipal de Aguachica presentaron las apelaciones respectivas.

1.8.1. La parte actora, el señor Fredy José Martínez Jiménez

Dijo interponerlo con el objeto de que se reforme o modifique el fallo, mediante el estudio integral de la causal de inhabilidad sin limitaciones.

¹⁰ Hace referencia a las providencias de 18 de mayo de 2017 (Radicado 2016-00119-03) M.P. Alberto Yepes Barreiro y de unificación de 26 de mayo de 2016 (Radicado 2015-00029-00) M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹¹ Al considerar que precisamente el fallo había encontrado acreditada la causal de inhabilidad de intervención en la celebración del negocio y eso desvirtuaba que se hubiera omitido resolver un extremo de la *litis* sobre el análisis integral y total de las conductas constitutivas de inhabilidad en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Argumentó que en los radicados 2021-0001 y 0009, en el concepto de la violación se aludió a la intervención en la celebración del contrato, primero de los supuestos contenidos en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Mientras que en el vocativo 2021-00007, al segundo de aquellos, esto es la celebración negocial.

Esgrimió que por lo anterior, el Tribunal debió indicar que la configuración de la inhabilidad por intervención en la celebración del contrato había sido señalada en forma fehaciente, clara y directa por la parte actora en los conceptos de la violación respectivos; en vez de mencionar que se trataba de una mera deducción.

Criticó al Tribunal por no desarrollar cada uno de los presupuestos que integran la causal de nulidad deprecada. Hizo referencia, en forma concreta, a que el *a quo* no señaló dentro de los elementos objetivo, espacial y de propósito o motivación. El primero, indicando que el lugar de ejecución del negocio era el municipio en el que resultó elegida la accionada y el segundo, que lo fue en interés propio.

Así mismo, que el *a quo* no resolvió la acusación de la parte demandada, cuando esgrimió la inaplicabilidad de la inhabilidad del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, comoquiera que el contrato recaía en su objeto en la prestación de un servicio público que se ofrece en igualdad de condiciones, que encaja en lo considerado en las sentencias de la Corte Constitucional C-393 de 2019 y C-618 de 1997 y que no permite que esa clase de negocios estructuren la inhabilidad que se analiza.

1.8.2. La demandada, señora Johana Caviedes Pabón

Solicitó revocar el fallo de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.8.2.1. La fijación del litigio y la incongruencia del fallo

El margen de la decisión del juzgador se encuadra, de manera nodal, dentro de lo dicho en la demanda, la contestación y, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, con la fijación del litigio. Esa es la razón por la cual desconocerlo conlleva el ingreso de nuevos argumentos al proceso sobre los cuales no ha sido posible ejercer el derecho de defensa, con la consiguiente vulneración del debido proceso.

En el caso concreto, son tres demandas las que marcan el inicio de la controversia y los planteamientos que las sustentaron giraron en torno a un contrato de prestación de servicios profesionales que la accionada celebró con la Defensoría



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

del Pueblo y al ejercicio de autoridad desempeñada antes de su elección como personera en propiedad, en el mismo cargo pero en condición de transitoriedad. Indicó en forma textual, lo siguiente:

“...se extrae claramente que en la única demanda acumulada en la que se hace precisión específica sobre cuál es el apartado específico (sic) de la causal g) del artículo 174 que se configura es en la demanda radicada bajo el número 2021-007-00 en la que se señala que se incurrió en la mencionada causal por haber celebrado contrato con entidades u organismos del sector central o descentralizado, las otras dos demandas parafrasean la norma y señalan que se configura el supuesto de hecho de la misma por haberse suscrito contrato con la defensoría pública solicitando aplicación al asunto de las decisiones adoptadas dentro de los procesos radicados bajo los números 20001-23-33-000-2020-00418-00 y 15001-23-33-000-2016-00119-03”.

Enseguida, extracta de las contestaciones la solicitud de aplicación del último antecedente citado (2016-00119), referente a la naturaleza jurídica de la Defensoría del Pueblo, frente a su papel como entidad contratante nacional. Aunado a que en las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso 2020-00418, en las que se conoció de la nulidad electoral de la accionada como personera transitoria, se dejó claro que no es un ente del orden central y descentralizado.

Dentro de ese contexto, advirtió que en las providencias adoptadas dentro del vocativo acumulado de la referencia se indicó que la causal inhabilitante no se encontraba acreditada. Esto por cuanto el contrato se celebró con una entidad que se aleja del supuesto previsto en la norma, comoquiera que no hace parte de los niveles administrativos precitados.

Además, el Tribunal al fijar el litigio, tanto en el acta escrita como en la grabación de la audiencia inicial, quedó claro que la causal de inhabilidad giraba en torno a la celebración del contrato.

En efecto, la literalidad de dicha decisión fue la siguiente:

“De conformidad con lo anterior, y lo solicitado en las pretensiones de las demandas acumuladas, el litigio se centrará en determinar, en primer lugar, si es nulo o no, el acto administrativo contenido en Acta de Sesión Plenaria no presencial del Concejo Municipal de Aguachica – Cesar, de fecha 13 de noviembre de 2020, que declaró la elección de la señora Johana Caviedes Pabón, como Personera de esa municipalidad, para el período 2020-2024.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar, si dada la nulidad del acto de elección deprecado y a que el mismo obedece a una causal subjetiva, resulta procedente, nombrar en propiedad como Personero



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Municipal de Aguachica para dicho período institucional, a quien tuviere el derecho legítimo, conforme a la lista de elegibles adoptada mediante Resolución N° 069 del 11 de noviembre de 2020”.

Indicó que ante esa fijación del litigio, el demandante Fredy José Martínez Jiménez intervino para que se aclarara la misma, en el siguiente sentido:

“...si es nula la elección realizada por el Concejo Municipal de Aguachica Cesar mediante sesión no presencial N° 087 del 13 de noviembre de 2020, por medio del cual el Concejo Municipal de Aguachica eligió a Johana Caviedes Pabón... en virtud de los dos eventos contemplados en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994”.

La parte demandada manifestó inconformidad con la petición anterior, indicando que las demandas solo aluden a la segunda de las hipótesis de inhabilidad contenida en el artículo citado, esto es a la celebración de contrato.

A las interpelaciones de las partes, el magistrado ponente respondió “perfecto por eso es que se está fijando el litigio de esa manera”, lo cual denota la anuencia de que el asunto quedara circunscrito a la celebración del negocio jurídico.

No obstante, lo anterior, el Tribunal sentenció el asunto por fuera del contexto de la fijación del litigio, adentrándose en la primera parte de la norma inhabilitante, es decir en la intervención en la celebración del negocio.

Señaló que incluso el *a quo* reconoce que frente a esta inhabilidad “es posible inferir[la], pese a que no se haya indicado literalmente [por la parte demandante]”.

Advirtió que aunque el Consejo de Estado, en el auto que negó la aclaración y adición de 14 de octubre de 2022 contra la providencia que decidió la apelación del auto de suspensión provisional, indicó que quedaba la posibilidad de que en el fallo de instancia se abordara de manera integral la norma de inhabilidad invocada y así incluso consta en la aclaración de voto¹², lo cierto es que ello dependía de que fuera el *quid*¹³ del asunto.

Así las cosas, el Tribunal desbordó el margen de decisión, trayendo situaciones que no fueron tratadas a lo largo del proceso y que no fueron fijadas en el litigio.

En consecuencia, consideró que el fallo atentó contra el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de congruencia.

¹² Divergencia suscrita por la magistrada Rocío Araújo Oñate.

¹³ “Aspecto en que reside la importancia de algo o en que consiste la dificultad” Diccionario RAE.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

1.8.2.2. La inexistencia de la inhabilidad por la celebración de contrato

La accionada insistió en que el haber contratado con la Defensoría del Pueblo enerva la ocurrencia de la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por la naturaleza jurídica de la entidad contratante.

Indicó que sí celebró un contrato de prestación de servicios profesionales de abogada con la Defensoría del Pueblo, dentro del año anterior a su elección como Personera de Aguachica.

Pero que debe darse aplicación a los planteamientos que se dieron en asuntos similares, en los procesos 20001-23-33-000-2020-00418-01¹⁴ y 15001-23-33-000-2016-00119-03¹⁵. En esta última, el punto medular versó sobre la inhabilidad por suscribir contrato con la Defensoría del Pueblo. En el fallo de 18 de mayo de 2017 se indicó que la entidad contratante es una entidad nacional y no del sector central o descentralizado del nivel administrativo municipal. Al efecto, ambos antecedentes destacaron la importancia de encontrar acreditado el elemento objetivo con fundamento en la naturaleza jurídica de la entidad y la arquitectura orgánica del Estado.

Así mismo, solicitó que se tengan en cuenta los argumentos de defensa, a atinentes al objeto del contrato de prestación de servicios profesionales para el ejercicio de la defensoría pública y el inexistente conflicto de intereses, que esgrimió en la contestación de la demanda y que no fueron desarrollados por el *a quo* en la sentencia, pese a que incluso solicitó la respectiva complementación.

Agregó:

“...en el auto de complementación además el Tribunal destaca que la configuración de tal inhabilidad se demostró al haberse cumplido lo exigido en la normativa respectiva, la cual no contiene excepción de algún tipo de contrato con entidades públicas. En consecuencia, no puede desconocerse el principio de interpretación, según el cual, ‘donde el legislador no distingue, no le es permitido al intérprete hacerlo’, lo cual causa extrañeza a la defensa por cuanto en ninguno de los argumentos de las demandas o de las contestaciones o en la fijación del litigio quedó establecido que lo que se debía analizar era el tipo de contrato pues como lo dijo el Consejo de Estado en este asunto el punto de controversia ha sido si la Defensoría es una entidad u organismo del sector central o descentralizado.”

¹⁴ M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En el caso de la actual accionada, cuando fue designada personera transitoria.

¹⁵ M.P. Alberto Yepes Barreiro. En el caso del personero de Tunja.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Aunado a lo anterior, recordó que debía tenerse en cuenta que el contrato celebrado por la accionada fue para desempeñar el servicio público de defensoría pública y promoción de los derechos humanos, los cuales presta la Defensoría del Pueblo en igualdad de condiciones a todas las personas. Esto, por cuanto el objeto contractual es proveer la figura del defensor gratuito a personas que se encuentren en imposibilidad económica o social de proveer, por sí mismas, la defensa de sus derechos y para asumir su propia representación judicial o extrajudicial.

Mencionó, en este punto, las sentencias de la Corte Constitucional C-393 de 2019 y C-618 de 1997, en las que se consideró que la inhabilidad contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no es aplicable a los contratos que la administración ofrece en igualdad de condiciones, en desarrollo de sus funciones legales y constitucionales, como acontece con el servicio de defensa pública.

Finalmente, aseveró que en los casos de celebración de contrato con la Defensoría no se presenta un conflicto entre intereses particulares y públicos, por cuanto no es una entidad supervisada ni vigilada por la personería municipal. Esto, por cuanto, conforme al artículo 1º del Decreto 25 de 2014, la contratante es un organismo que forma parte del Ministerio Público, tiene autonomía administrativa y presupuestal y ejerce sus funciones, bajo la suprema dirección del procurador general de la Nación.

1.8.3. El interviniente, el Concejo Municipal

El cabildo de Aguachica, mediante apoderado judicial, solicitó la revocatoria del fallo. Al efecto, insistió en que la Defensoría del Pueblo carece de la naturaleza de entidad u organismo del sector central o descentralizado.

Además, el contrato citado es de aquellos en que la administración ofrece un servicio público a todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones y en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales. En esos términos, la Corte Constitucional califica al servicio público de defensoría pública y promoción y defensa de los derechos humanos, como se lee en las sentencias C-393 de 2019 y C-618 de 1997.

Insistió en que la defensoría pública es un servicio público gratuito que presta el Estado, a través de la Defensoría del Pueblo, mediante el cual se provee de un defensor gratuito a las personas que se encuentran en imposibilidad económica o social de proporcionar por sí mismas la defensa de sus derechos para asumir su representación judicial o extrajudicial.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Acotó que ello se evidencia del objeto del contrato celebrado por la accionada Caviedes Pabón con la Defensoría del Pueblo, cuya literalidad fue:

“[La] prestación de servicios profesionales de abogado para la representación judicial y extrajudicial de los usuarios del servicio de defensoría pública; y la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos”.

Así mismo, da cuenta del objeto igualitario, algunas de las obligaciones pactadas entre los contratantes, entre otras, las siguientes: prestar el servicio de defensoría pública; representar a los usuarios del servicio de defensoría ante los despachos judiciales o autoridades administrativas; participar y hacer pública la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos; asistir a las audiencias y diligencias en las que sea citada en calidad de defensor público; estudiar, diseñar y realizar la estrategia jurídica de cada uno de los procesos o casos asignados, que garantice la eficacia, eficiencia y calidad de la representación judicial y que optimice la prestación del servicio nacional de defensoría pública y suministrar la asesoría jurídica especializada a los usuarios del servicio de Defensoría Pública.

Además, es un servicio público gratuito que se presta a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Planteó que el propósito de la inhabilidad es evitar que quien sea elegido como personero municipal pueda tener un conflicto entre los intereses particulares que tuvo como contratista y los intereses públicos que después debe defender como personero. Por ejemplo, cuando tiene que supervisar la celebración de un contrato, verificar si su ejecución causa daño ambiental o controlar el pago que funcionarios públicos hagan a los particulares, por contratos ejecutados en el municipio.

Con todo, se busca evitar que el personero se vea incurso en circunstancias que objetiva y presumiblemente tengan la virtualidad de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar el cumplimiento de sus funciones de vigilancia administrativa.

Finalmente, agregó:

“En el presente caso no se presenta el conflicto entre los intereses particulares y públicos pues el contrato que suscribió fue con la defensoría pública entidad que no es supervisada ni vigilada por la personería municipal pues en virtud del artículo 1° del Decreto 25 de 2014, la Defensoría del Pueblo es un organismo que forma parte del Ministerio Público, tiene



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

autonomía administrativa y presupuestal y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación”.

Con fundamento en lo anterior, insistió en la revocatoria del fallo.

1.9. Admisión de los recursos de apelación y alegatos de conclusión de segunda instancia

Las apelaciones fueron admitidas mediante auto de 20 de mayo de 2022, en el que también se ordenó correr traslado para que alegaran de conclusión y el Ministerio Público presentara su concepto. Las partes concurrieron con sus respectivos escritos, al igual que la agencia fiscal.

1.9.1. La parte demandante

El apelante Fredy Martínez solicitó denegar el recurso de apelación de la accionada y del concejo municipal y confirmar la sentencia de primera instancia.

Sustentó las alegaciones finales en que la accionada pretende inducir a error al Consejo de Estado, al plantear que las demandas se circunscribieron exclusivamente a la conducta inhabilitante de la celebración de contratos, contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Con ello pretendió excluir de la *litis* **la causal de intervención en la celebración del contrato**. Lo cierto es que desde la presentación de las demandas se ha hecho énfasis en la integralidad de la causal, como se corrobora con los apartes literales de las demandas.

En efecto, en el vocativo que dio lugar al radicado 2021-00001-00, se planteó que la inhabilidad atribuida a la accionada tenía como segundo elemento:

“...**haber intervenido en la celebración de contratos** con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato deba ejecutarse en el respectivo municipio, es, por lo tanto, que la Defensoría del Pueblo, entidad que fungió como contratante en el mencionado contrato de prestación de servicios profesionales N°:DP-4456 del 13 de diciembre de 2019, según el Decreto 25 del 10 de enero de 2014... no cabe duda entonces que es una entidad de naturaleza pública. Con relación al otro elemento, el citado contrato de prestación de servicios, determinó como lugar de ejecución de las actividades contractuales, los circuitos de Aguachica (Cesar), precisamente el mismo municipio donde fue declarada su elección como Personera para el periodo 2020-2024...”. (Destacados fuera de texto).

De lo anterior, advirtió que se hizo un señalamiento fehaciente, claro y directo del escenario de la intervención en la celebración del contrato como causal de



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

inhabilidad en el concepto de la violación de dicha demanda.

Indicó, que a diferencia de lo afirmado por la accionada, la fijación del litigio sí cobijó el estudio de la inhabilidad integralmente, teniendo en cuenta que su literalidad fue amplia.

Arguyó que tan claro estaba para los sujetos procesales el campo del litigio que el Ministerio Público ante la primera instancia, al rendir concepto final, se enfocó en el elemento material de intervención de la celebración de contratos, la cual por demás encontró acreditada.

De tal suerte que el argumento de la inhabilidad por intervención en la celebración del contrato no ha estado oculto a las partes procesales, ni se ha sorprendido a la demandada con esta, comoquiera que a lo largo del proceso se encontró latente el cargo que terminó soportando la nulidad de la elección.

Acotó que no es de recibo la defensa incoada por la accionada para justificar la inaplicabilidad de la intervención en la celebración del contrato, con fundamento en que el objeto del negocio era prestar un servicio público. Comoquiera que siguiendo los derroteros de las sentencias de la Corte Constitucional C-393 de 2019 y C-618 de 1997, los pronunciamientos del Alto Tribunal, precisamente van en otra vía, que consiste en que el contratista los adquiera para sí, cuando se trate de bienes o servicios que se ofrezcan a todos los ciudadanos y personas en igualdad de condiciones.

Indicó que no todos los contratos suscritos con entidades estatales dan lugar a la estructuración de la inhabilidad, en el entendido de que:

“...[la] situación excepcional [se refiere a cuando no se dá la inhabilidad] solo se predica de aquellos que sean irrazonables, por estar íntimamente ligados a satisfacer las necesidades básicas de bienestar y salubridad de cualquier persona, contratos estos, ofrecidos por el estado en condiciones comunes o normales a todos los coterráneos, como sucede con los servicios públicos antes aludidos¹⁶ y que de facto, excluye la apreciación exagerada y desproporcionada planteada por el abogado de la demandada en su excepción”.

Planteó que el argumento que en este punto emplea la accionada confunde un acuerdo de voluntades para recibir o adquirir un servicio o bien que el Estado debe ofrecer a todas las personas, con la celebración de un contrato con una entidad

¹⁶ Se refiere a la mención que hizo de servicios de energía eléctrica o acueducto y alcantarillado, telefonía o los contratos bancarios, de seguros, de seguridad social y que se adquieren en condiciones comunes o normales.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

estatal para brindar un servicio. Recordó que en últimas, todos los contratos de prestación de servicios profesionales buscan desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Concluyó que si se acogiera en este punto la tesis de la accionada, los contratos de prestación de servicios profesionales en que se involucre lo público no generarían la inhabilidad que se analiza.

Sobre el segundo planteamiento, con el que pretendió justificar la no incursión en el impedimento de la intervención en la celebración del contrato porque no afecta la imparcialidad ni la independencia del ejercicio de las funciones de la personera, resulta irrelevante, comoquiera que el provecho, la ventaja o la utilidad no hace parte de los elementos constitutivos de la causal.

1.9.2. La parte accionada

Insistió en que en la fijación del litigio no se incluyó la causal inhabilitante de intervención en la celebración del contrato ni en el relato de lo acontecido en la audiencia inicial.

Dicha circunstancia se corrobora con el aparte del fallo de primera instancia en el que se indicó que abordaba el análisis del primer aparte de la causal de inhabilidad porque era viable inferirlo “*pese a que no se haya indicado literalmente*”.

Acusó la abierta violación al debido proceso y a su derecho de defensa generada con el fallo de primera instancia, comoquiera que el asunto giró en torno a la celebración del contrato y no a la intervención en la misma.

Sobre el fondo del asunto, en concreto sobre la celebración del contrato y la supuesta inhabilidad, reiteró los argumentos de la apelación y recabó en que este asunto se decidiera con base en el antecedente proferido en el radicado 2020-00418, cuando se demandó la designación de la hoy accionada como personera transitoria del mismo municipio y en el auto de 16 de septiembre de 2021 que se profirió en este proceso, mediante el cual el Consejo de Estado revocó la medida cautelar en el vocativo de la referencia.

Lo anterior porque en el caso concreto se está frente a un asunto de contornos idénticos a los analizados.

Respecto de la causal de celebración de contrato acotó que como el negocio jurídico se pactó con la Defensoría del Pueblo, no se cumple con el elemento



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

objetivo de la causal, por cuanto no hace parte de las ramas del poder público y, por ende, tampoco pertenece al sector central o descentralizado del nivel administrativo.

Finalmente, en escrito anterior presentado también durante el término para recorrer el traslado de alegaciones finales, glosó un aspecto de falta de legitimación adjetiva por parte del apelante Fredy José Martínez Jiménez, demandante del radicado 2021-00007.

En este punto indicó que con el recurso de apelación desbordó sus posibilidades de postulación, al pretender ampliar el *quid* a la causal de intervención, cuando en su demanda solo arguyó la inhabilidad por la celebración del contrato. Con ello, a juicio de la accionada, incurrió en una falta de legitimación para presentar el recurso de apelación.

Explicó que si bien las normas procesales, en concreto, el artículo 238 del CPACA prevé la necesaria acumulación de procesos cuando se trata de causales subjetivas contra un mismo elegido, lo cierto es que, ni la norma ni la jurisprudencia, indican que la parte recurrente pueda utilizar los argumentos esgrimidos por los otros demandantes.

Advirtió que de todos modos aunque la Sala Electoral aceptara la carga argumentativa mancomunada, lo cierto es que coexiste la imposibilidad de tenerlos en cuenta porque, por una parte, esos planteamientos de los otros dos procesos (2021-00001 y 2021-00009) solo pueden continuar siendo sostenidos por los demandantes respectivos y, por otra, porque no quedaron incluidos en la fijación del litigio.

1.10. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Como fundamento esgrimió que los concejos municipales tienen la competencia para determinar los lineamientos generales de la forma en que se adelantan las etapas y parámetros mínimos del concurso de méritos para la elección de personero. Así las cosas, el cabildo detenta la responsabilidad en la dirección del mismo, pero tiene la posibilidad de tercerizar el concurso a personas jurídicas o naturales que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

En esa línea, se expidió el Decreto 2485 de 2014¹⁷, adicionado con el Decreto 1083 de 2015, que reglamentó el concurso público e incluyó el apoyo de terceros. En este último punto previó un condicionamiento orgánico, caracterizado por el establecimiento anticipado de las entidades en las que podía recaer el mandato para el desarrollo de los trámites de selección, a saber: (i) universidades; (ii) establecimientos de educación superior; (iii) y, finalmente, entidades especializadas en procesos de selección de personal.

Planteó que de conformidad con los artículos 320 y 328 del CGP, el juez del recurso de apelación examina únicamente la cuestión decidida, con respecto a los reparos concretos que formula el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio. Por ende, no está facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos del fallo de primera instancia que no fueron impugnados.

Frente a la situación *sub júdice* explicó que los recurrentes no cuestionan los elementos temporal ni territorial de la inhabilidad alegada, sino con quién se celebró el contrato, por considerar que la Defensoría del Pueblo es una entidad que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público y, por lo tanto, no es parte del nivel central o descentralizado del nivel administrativo. Este planteamiento, a fin de enervar la supuesta inhabilidad de la accionada en cuanto se refiere a la celebración del negocio jurídico.

En relación con el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, trajo a colación un antecedente de la Sala de 14 de febrero de 2013¹⁸, para indicar que en el factor material u objetivo se hallan dos conductas inhabilitantes previstas por el legislador. De una parte, la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o el de terceros. De otra, la celebración de contratos de cualquier naturaleza, con entidades del sector central o descentralizado. El factor temporal está dado por los doce meses anteriores a la elección y el elemento espacial, que concierne a que los precitados contratos deben ejecutarse en el respectivo municipio.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo del Cesar se limitó a analizar la conducta atinente a la intervención en la celebración de contrato, al considerar que era el fundamento fáctico planteado por los demandantes.

Dentro de ese contexto, dos de los accionantes hicieron referencia a la conducta de intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.

¹⁷ Expedido por el gobierno nacional “por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales”.

¹⁸ Radicado 68001-23-31-000-2012-00115-01. M.P. Susana Buitrago Valencia.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

A juicio de la colaboradora fiscal, esta parte de la inhabilidad se encuentra probada, en tanto la accionada, durante el término inhabilitante, suscribió contrato de prestación de servicios con una entidad pública como lo es la Defensoría del Pueblo.

En consecuencia, indicó que, en principio, correspondería confirmar la sentencia de primera instancia que se analiza, pero que ello no era posible porque:

“...el Ministerio Público evidencia que en efecto, existe postura más reciente de la Sala, en cuanto a los requisitos necesarios para que se configure la inhabilidad alegada en la demanda, la cual fue puesta de presente por la demandada, ahora apelante, quien solicita le sea aplicada. En ella, la Sección Quinta del Consejo de Estado expuso que¹⁹:

‘Para que se configure la mencionada inhabilidad se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) **uno temporal y de causa contractual**, que la gestión o celebración del contrato, se haya dado dentro del año anterior al día de la elección (nombramiento o designación), b) **otro material territorial**, es decir, que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el municipio o distrito al que aspira el candidato o es elegido el personero, c) **uno subjetivo de interés o beneficio**, es decir, que la gestión o celebración se haga en interés propio o de terceros, y finalmente, d) **una parte contractual cualificada**, lo que implica que el otro extremo del negocio jurídico sean entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo’.”.

En consecuencia, no se configuraría la inhabilidad atribuida a la accionada, comoquiera que la entidad contratante no es del sector central o descentralizado. Ello, por cuanto, la Defensoría del Pueblo integra el Ministerio Público, conforme lo disponen los artículos 118 y 281 de la Constitución Política y no está enlistada en los organismos y entidades a que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por lo cual, la sentencia recurrida, en principio, tendría que ser revocada.

Agregó:

“Ante dicha colisión interpretativa, y teniendo en cuenta la posición acogida por la primera instancia, esta agencia... señala que, se omitió el estudio del principio electoral *pro homine*; la valoración del núcleo esencial del derecho fundamental a elegir y ser elegido; la interpretación restringida de las inhabilidades; al igual que no se tuvo en cuenta los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica de las actuaciones, en relación con el caso sub iúdice. A saber:

¹⁹ “Consejo de Estado. Sección Quinta, Sentencia de 15 de diciembre de 2021. Radicado 20001-23-33-000-2020-00418-03. M.P. Pedro Pablo Vanegas Gil”.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Si bien en el marco de la hermenéutica, la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que, en materia electoral, los derechos del elegido (*pro homine*) no prevalecen sobre los principios *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores), también es claro que la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-115 de 2019, luego de hacer ponderación de principios, dejó claro que al existir dos lecturas posibles de una norma estatutaria, “en atención a los principios *pro homine*, *pro libertatis* y de favorabilidad, se debe escoger la opción interpretativa menos restrictiva posible y que haga efectivos los postulados superiores en la mayor medida posible”.

Así las cosas, consideró que al haber dos interpretaciones sobre la aplicación del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, se debe acoger la menos restrictiva para el acceso a cargo públicos, como garantía de la participación democrática de la función pública.

Acotó que en ese orden, no se puede consentir que se haya dejado de valorar y aplicar el principio electoral *pro homine*; u olvidado analizar el núcleo esencial del derecho político de elegir y ser elegido desde la perspectiva de la interpretación restringida de las inhabilidades; que se desconocieran los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, por lo que resulta procedente revocar la sentencia apelada y desestimar las pretensiones.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante Fredy Martínez Jiménez, la accionada Johana Caviedes Pabón y el Concejo Municipal de Aguachica contra la sentencia del 10 de marzo de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que declaró la nulidad del acto de designación de la señora Johana Caviedes Pabón como personera del municipio de Aguachica, de conformidad con lo establecido en los artículos 150²⁰ y 152²¹, numeral 8º del CPACA, en armonía con lo previsto en el artículo 13 del

²⁰ “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...”.

²¹ “[...] artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Acuerdo No. 80 del 12 de marzo de 2019, por cuanto la sentencia impugnada se expidió en el trámite de un proceso de doble instancia.

2.2. Problema jurídico

La Sección entrará a resolver si existe mérito para confirmar, modificar o revocar la sentencia del 10 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que declaró la nulidad del acto de elección de Johana Caviedes Pabón como personera del municipio de Aguachica (Cesar), contenido en el Acta N° 087 del 13 de noviembre de 2020, expedida por el concejo de esa entidad territorial.

En este punto se llama la atención en los límites que el juez *ad quem* está obligado a observar dentro de la causa que se judicializa, los cuales campean entre el contenido de la decisión que se ataca y los planteamientos de los recursos de apelación, sin perjuicio de aquellas decisiones de oficio que puede adoptar indicadas por la ley. Ello por cuanto, el fallo mencionó aspectos sobre el tratamiento de la inhabilidad del literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, frente al artículo 95.2 *ibidem*, pero los sujetos procesales apelantes guardaron silencio en sus postulaciones de alzada. Así mismo, en el tema atinente a la causal del literal g) de la norma citada, el Tribunal *a quo* se enfocó en la intervención, aunque en algunos escritos de la apelación se sigue con la disertación sobre la causal de la celebración del contrato propiamente dicha.

Para resolver las censuras planteadas en los escritos de apelación, por efectos metodológicos, la Sala abordará el estudio de los siguientes ejes temáticos: i) cuestión previa: la capacidad procesal del apelante de la parte actora; ii) el campo de la fijación del litigio y los cuestionamientos de la accionada; iii) las generalidades de la inhabilidad del artículo 174 literal g) de la Ley 136 de 1994; iv) la intervención en la celebración de contratos y el v) caso concreto en el que se incluirán consideraciones sobre la clase de contrato que celebró la accionada; los intereses en conflicto y la jurisprudencia de la causal, para disipar algunos yerros argumentativos.

2.3. Cuestión previa: La capacidad procesal del apelante de la parte actora

Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento. [...]”.

Valga aclarar que una de las demandas acumuladas fue presentada bajo la vigencia de la Ley 2080 de 2021. Esta regulación introdujo algunas modificaciones, en aspectos como la competencia, indicando que en materia de personeros continúa el conocimiento en los Tribunales Administrativos en primera instancia, solo que conforme a la siguiente literalidad: “De la nulidad de la elección de... y de personeros... municipales de municipios con setenta mil (70.000) habitantes o más...” (art. 152.7 literal b) del CPACA).



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Argumentó la parte accionada, en los alegatos de conclusión de segunda instancia, que se presentaba la “falta de legitimación adjetiva por parte del apelante de la parte actora Fredy José Martínez Jiménez”, cuya demanda dio origen al radicado 2021-00007. Consideró que la apelación desbordó sus posibilidades de postulación, comoquiera que amplió el tema a decidir a la causal de intervención en la celebración del contrato, en contravía del artículo 238 del CPACA.

Lo anterior, con fundamento en que en la demanda que dio origen al radicado precitado solo censuró la inhabilidad por la celebración del contrato y no la de intervención.

Explicó que aun cuando está habilitada la acumulación de procesos, lo cierto es que ni la norma ni la jurisprudencia indican que la parte pueda utilizar los argumentos esgrimidos por los otros demandantes.

Al respecto la Sala considera pertinente acotar que la accionada parte de una premisa errada al intentar demeritar la alzada de la actora. Con ello, debe tener claro que su disconformidad con el fallo de primera instancia proviene de la inhabilidad por la intervención en la celebración de contrato. Esto, para indicar que el hecho constitutivo de la causal de impedimento en el que el *a quo* apoyó su decisión, se asume por la Sección Quinta en un contexto compuesto de manera concurrente, a saber: el contenido del fallo apelado y los planteamientos de todos los recurrentes que convergen con los del demandante.

Ello, para enfocar que la sentencia, conforme a los artículos 187 del CPACA y 280 y 281 del CGP, debe contener todo el espectro argumentativo en consonancia con los hechos y pretensiones de las demandas, las oposiciones de los accionados, las intervenciones de los terceros, la agencia fiscal y las pruebas valoradas. Así las cosas, cuando el juez de la apelación asume competencia, en efecto, debe tener en mente que entra en juego otra limitante y son los planteamientos de los recurrentes, derivándose de ahí máximas y principios como la *non reformatio in pejus*²².

Ahora bien, es incuestionable que cada uno de los actores, incluido el señor Fredy Martínez, ha sido legitimado para apelar, comoquiera que el ejercicio de su postulación pende del derecho sustancial que se discute dentro de la causa y que él como demandante junto con otras dos personas, activaron mediante la presentación de sendas demandas. Ese derecho sustancial de estirpe electoral no es otro que el de elegir y ser elegido, al considerarlo afectado a partir del hecho constitutivo de inhabilidad en el que advirtieron está incurso la accionada Caviedes

²² “No reformar en perjuicio” o reforma peyorativa.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Pabón y respecto del cual propusieron los fundamentos fácticos, normativos y probatorios.

Es posible, entonces, que la referencia de la accionada se enfoque más en una posible falta de interés para recurrir por parte del actor Martínez Jiménez, lo cual tampoco encuentra viabilidad, por cuanto la alzada se estructura en planteamientos que se discutieron a lo largo de la controversia en primera instancia, en la que le fue reconocida su calidad de sujeto procesal como parte actora, aunado a que son precisamente los argumentos de las apelaciones que se oponen a la declaratoria de nulidad de la elección los que constituyen el tema medular, comoquiera que es esta la decisión adoptada y recurrida.

Ahora bien, la acumulación de procesos judiciales permite que las partes –una vez los trámites son llevados por una misma cuerda procesal- puedan utilizar las probanzas, por el principio de la comunidad probatoria.

En consecuencia, no resulta de recibo la glosa indicada por la parte accionada.

2.4. La fijación del litigio y los cuestionamientos de la accionada

Se presenta una discusión por parte de la demandada devenida del cuestionamiento frente a cuál fue el marco dentro del cual resultó fijado el tema a decidir. Esto, por cuanto considera que el caso *sub júdice* giraba únicamente en torno a la segunda conducta inhabilitante, prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, es decir, a la celebración del contrato.

Siendo entonces un aspecto que incide en la base del asunto, la Sala considera necesario proceder a dilucidarlo, dada su importancia para continuar con el juzgamiento del fallo de primera instancia.

Valga recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y comoquiera que dentro de los propósitos primigenios del legislador se buscó agilizar el proceso contencioso administrativo, se apertura la implementación de un trámite mixto con tendencia a la oralidad, a fin de desmarcarse del escritural tradicional.

Con ello se implementó el transcurrir del proceso en audiencias. En ese punto se vio la necesidad de que en la primera audiencia, llamada inicial, se dieran etapas escalonadas bien determinadas, casi todas preclusivas. Dentro de estas se encuentra la fijación del litigio, cuya finalidad es encuadrar el asunto a resolver a partir de los hechos, censuras y fundamentos de derecho frente a los cuales los sujetos procesales presentan desacuerdo, constituyéndose en el marco de la controversia que rige todo el proceso en materia de los puntos a decidir.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

La entrada de la vigencia del CPACA, evidenció la preponderancia de la fijación del litigio, como aspecto medular para demarcar la línea en que se conocería y se juzgaría el asunto judicializado. En efecto, se establece en el artículo 180 que su estructura está dada por las pretensiones, los hechos y los argumentos de derecho sobre los cuales las partes no coinciden.

De ahí su necesaria fijación en las etapas tempranas del proceso, esto es en la llamada audiencia inicial y, con la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, en el auto conforme al cual se anuncia que la decisión será adoptada bajo la figura de sentencia anticipada (art. 182A CPACA), comoquiera que en esta providencia se subsumen, de manera pronta, las referidas audiencias (inicial, de pruebas y de alegaciones).

Por lo anterior, es innegable el rigor con el que el juez debe estructurar tales límites, aunado al efecto vinculante que irradia a todos los protagonistas del proceso incluido al operador del proceso, luego de que cobre firmeza la determinación del aspecto litigioso.

Se trata entonces de la bitácora dentro de la cual el asunto a juzgar o tema a decidir es unívoco e igual para todos los participantes, respetando sus roles dentro de la causa. Por ello, emerge como un elemento trascendental presente a lo largo de las decisiones judiciales, comoquiera que es el marco que los sujetos procesales dan al litigio y sobre el cual se abordará el análisis de la causa judicializada y adoptará la decisión correspondiente.

En esa línea, resulta importante destacar lo grave que puede ser variar la fijación del litigio cuando este ya se encuentra en firme, pues implica alterar las condiciones esenciales del debate, lo cual desmedra el debido proceso y el derecho de defensa, ante el abrupto e inoportuno cambio de las reglas del asunto judicializado. Tales cambios sorpresivos nunca serán bien vistos en la correcta administración de justicia, porque conllevan a la incertidumbre y falta de seguridad jurídica en el tema a decidir.

Sobre este mismo particular, en providencia de 12 de marzo de 2015²³, la Sala Electoral del Consejo de Estado indicó:

“Se resalta que la fijación del litigio, como figura novedosa del CPACA, consiste en un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor en el sentido de concretar los hechos que deben ser probados así como aquellos puntos que son, en realidad, objeto de debate dentro del proceso contencioso.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, 12 de marzo de 2015, exp. No. 11001-03-28-000-2014-00019-00.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Asimismo, también constituye una herramienta que delimita tanto las actuaciones del juez como de las partes, pues el proceso y, por consiguiente, la respectiva decisión judicial no podrá versar sobre aspectos que no hicieron expresa y puntualmente parte de tal fijación.

Bajo esta óptica, es claro que en dicho trámite procesal no sólo se ubica o circunscribe el debate, sino que también se convierte en una garantía del debido proceso del demandado y de la entidad que produjo el acto de elección a fin de ejercer el correspondiente derecho de defensa y de contradicción respecto de los aspectos que efectivamente fueron objeto de fijación del litigio”

En época más reciente, en providencia de 18 de junio de 2021, la Sala se decantó por considerar:

“(…) Dicha etapa procesal [hace referencia a la fijación de la causa] denota una esfera de concreción del principio de congruencia, que, a su vez, se traduce en un eje axial del debido proceso y de la justicia rogada como premisa ineludible dentro del ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la cual, desde luego, no escapa la justicia electoral.

De hecho, en esta sede, como en otras en las que se entrevera el goce de garantías superiores, se debe, sin sacrificar el derecho sustancial, manejar con mucho celo tal corrección formal –que es propia también de los principios de eventualidad y de contradicción, tan inherentes al debido proceso–, pues, en su seno, se ventilan divergencias que inciden en los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, así como a participar de la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otros.

De ahí que la regla general sea que la decisión del juez –unipersonal o colegiado– con la cual se provea sobre el fondo de la cuestión debatida, se circunscriba a los estrictos y precisos términos de la senda argumental previamente definida al momento de la fijación del litigio

Es así como, en esta oportunidad, insiste la Sala en el valor de la fijación del litigio como plano de coordenadas imprescindible en el proceso, pero matizado por la verdad y la justicia como valores supremos en nuestro ordenamiento, así como por la protección de garantías *iusfundamentales* como inexcusable mandato para el juzgador.

Lo anterior se explica en que, si bien a los distintos sujetos procesales, en principio, no les es dable anticipar con certeza el sentido del fallo, sí resulta necesario que puedan, por lo menos, prever sus contenidos genéricos, ya que, de lo contrario, imperaría el desconcierto y la perplejidad en las actuaciones judiciales, al irrespetarse los parámetros mínimos de objetividad que demanda un debido proceso que, por demás, no es exclusivo de ninguna de las partes, sino que atañe a todos los implicados en la discusión.”²⁴

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de junio de 2021. Radicación 23001-23-33-000-2020-00387-01. Actor: Orlando Rafael Mercado Valeta. Demandada: María Alejandra Salgado Díaz (Gerente ESE Camu San Rafael (Sahagún). M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Vistas esas generalidades, se recuerda que en el caso que ocupa la atención de la Sala, la parte accionada plantea en la apelación que la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial por el Tribunal del Cesar no corresponde al contexto de la causa decidida en la sentencia por este mismo, acotando así que le resulta incongruente y violatoria de su derecho de defensa y debido proceso.

En forma puntual, arguyó que la inhabilidad que se fijó en el litigio se analizaría dentro de la previsión del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, pero solo dentro del contexto de la de celebración de un contrato. Contrario a ello, el *a quo* analizó y falló sobre la conducta de intervención en la celebración del negocio, que es otra inhabilidad, que si bien se contiene en el mismo precepto legal es diferente a aquella. Acotó que además la conducta de intervención no fue alegada por los demandantes ni incluida por el Tribunal al determinar el tema de decisión.

En atención a los planteamientos de parte esbozados, la Sala encuentra necesario remitirse tanto al acta como a la grabación en video de la respectiva audiencia inicial.

En el acta escrita, el aparte pertinente se encuentra a folios 3 a 6 del acta. En su literalidad consta:

“VII.- FIJACIÓN DEL LITIGIO. -

Para efectos de fijar el litigio que debe ser resuelto en el presente asunto, se procederá, en primer lugar, a indicar los hechos relevantes narrados en las demandas, (algunos coincidentes en cada uno de los expedientes acumulados), y con los cuales se encuentran en acuerdo y desacuerdo la parte demandada y demás intervinientes.

7.1.- HECHOS RELEVANTES DE LA DEMANDA. –

7.1.1.- Se indica, que mediante Resolución No 009 del 21 de enero de 2020, la mesa directiva del CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA revocó oficiosamente el proceso de concurso público de méritos para escoger personero de esa municipalidad para el período institucional 2020 – 2024, el cual se venía adelantando desde la vigencia anterior.

7.1.2.- Agregan, que el 6 de agosto de 2020, en sesión ordinaria no presencial del CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA, previo proceso de estudio y selección de hojas de vida por parte de la comisión accidental de documentación, se designó en plenaria a la abogada JOHANA CAVIEDES PABÓN como Personera Transitoria de esa municipalidad, quien tomó posesión del cargo de forma inmediata.

7.1.3.- Señalan, que como consta en el Sistema Estatal de Contratación Pública SECOP I, la ciudadana JOHANA CAVIEDES PABÓN el día 13 de diciembre de 2019 celebró con la Defensoría del Pueblo el Contrato de Prestación de



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Servicios Profesionales No DP-4456-2019, cuyo objeto consistió en “La prestación de servicios profesionales de abogado para la representación judicial y extrajudicial de los usuarios del servicio de defensoría pública; y la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos”; con lugar de ejecución en los circuitos de Aguachica – Cesar, por un valor de \$56.250.000.00, y cuyo plazo de ejecución se extendía hasta el 31 de diciembre de 2020, el cual se dio por terminado en el mes de julio de ese mismo año.

7.1.4.- Destacan, que mediante Resolución No. 042 de 31 de agosto de 2020 se levanta la suspensión y se reinicia el Convenio No 001 de 2020 con la Universidad de Pamplona, con el objeto de “PRESTAR ASESORÍA, ACOMPAÑAMIENTO Y APOYAR LA REALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS EN EL PROCESO DEL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL DE AGUACHICA CESAR PARA EL PERIODO INSTITUCIONAL 2020-2024”.

7.1.5.- Se pone de presente, que mediante Resolución No. 072 del 12 de noviembre de 2020, la mesa directiva del CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA aceptó la renuncia irrevocable de la personera transitoria del Municipio de Aguachica; y al día siguiente, después de surtirse las fases previas del concurso público de méritos, dicha corporación, en sesión plenaria no presencial, con 8 votos a favor eligió a la doctora JOHANA CAVIEDES PABÓN como Personera del Municipio de Aguachica, quien tomó posesión del cargo de forma inmediata.

7.1.6.- Finalmente se expone, que la abogada CAVIEDES PABÓN se encuentra incurso en la inhabilidad contemplada en el literal (g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por haber celebrado dentro del año anterior a su designación como Personera de Aguachica, un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública del nivel nacional como lo es la Defensoría del Pueblo, para ser ejecutado en la referida municipalidad.

7.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado de la DEMANDADA, manifiesta (en cada uno de los expedientes acumulados), que son ciertos los hechos relacionados con el concurso público de méritos para escoger personero del Municipio de Aguachica para el período institucional 2020 – 2024; la celebración del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de JOHANA CAVIEDES PABÓN con la Defensoría del Pueblo; y la designación de esta como Personera transitoria y en propiedad del Municipio de Aguachica.

Afirma que no es cierto, que la demandada al momento de su elección, como Personera del Municipio de Aguachica se encontraba incurso en inhabilidad que le impidiera el desarrollo del cargo; asimismo, que el acto acusado se encuentra ajustado a la legalidad, y fue el resultado de un concurso de méritos, en el cual su representada, superó todas las etapas, para poder ser elegida.

Finalmente expone, que no es cierto el hecho relacionado con la configuración de la inhabilidad contemplada en el literal g del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, pues según su dicho, no se cumple con el elemento objetivo, previsto por



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

la jurisprudencia del Concejo de Estado para tal fin. Asimismo, que en la finalidad que cumplen las inhabilidades en el sistema jurídico, no existe ninguna prohibición de que un contratista que desarrolló un contrato para ejercer la defensoría pública, como servicio esencial fundamental, pueda desempeñar el cargo de personero.

Los intervinientes, CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA y MUNICIPIO DE AGUACHICA, no dieron contestación a las demandas.

En este estado de la diligencia se hace presente el apoderado del CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA, a quien se solicita su presentación....

7.3.- LITIGIO.-

De conformidad con lo anterior, y lo solicitado en las pretensiones de las demandas acumuladas, el litigio se centrará en determinar, en primer lugar, si es nulo o no, el acto administrativo contenido en el Acta de Sesión Plenaria no presencial del Concejo Municipal de Aguachica – Cesar, de fecha 13 de noviembre de 2020, que declaró la elección de la señora JOHANA CAVIEDES PABÓN, como Personera de esa municipalidad, para el periodo 2020 – 2024.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar, si dada la nulidad del acto de elección deprecado y a que el mismo obedece a una causal subjetiva, resulta procedente, nombrar en propiedad como Personero Municipal de Aguachica para dicho período institucional, a quien tuviere el derecho legítimo, conforme a la lista de elegibles adoptada mediante Resolución No. 069 del 11 de noviembre de 2020.

Se les pregunta a las partes, si están de acuerdo o no, con la fijación del litigio:

- PARTE DEMANDANTE (CARLOS ALBERTO URIBE SANDOVAL): Conforme con la decisión.

- PARTE DEMANDANTE (APODERADO DE FREDY JOSÉ MARTÍNEZ JIMÉNEZ): Está de acuerdo, pero realiza una aclaración, que se estime como parte en la fijación del litigio.

- PARTE DEMANDANTE (OCTAVIO JOSÉ GUERRA HINOJOSA): De acuerdo.

- PARTE DEMANDADA: No está de acuerdo, por las razones que explica.

- DESPACHO: Hace una advertencia sobre la concreción de los argumentos, pues no se puede cambiar las pretensiones de la demanda.

- CONCEJO MUNICIPAL DE AGUACHICA: Que el litigio debe enmarcarse en establecer únicamente la nulidad del acto administrativo acusado.

- MUNICIPIO DE AGUACHICA: De acuerdo, en el entendido que, al momento de adoptarse la decisión de fondo, se estudiarán las causales alegadas por los demandantes.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

- MINISTERIO PÚBLICO: De acuerdo.”.

Ahora, de la narración que se hace en la versión escrita o acta de la audiencia, se evidencia que se trata tan solo de la síntesis de lo acontecido, por lo que resulta necesario remitirse al minuto a minuto de la grabación en video²⁵ y que hace parte integrante del expediente. En efecto, se escucha de los protagonistas del proceso lo siguiente:

“Minuto 16:15. Magistrado: “...para efectos de fijar el litigio que debe ser resuelto en el presente asunto se procederá en primer lugar a indicar los hechos relevantes narrados en las demandas. Debo advertir que algunos coinciden en cada uno de los expedientes acumulados y con los cuales se encuentran de acuerdo y en desacuerdo la parte demandada y los demás intervinientes.

En efecto, como hechos relevantes tenemos que se indica que mediante Resolución 009 del 21 de enero de 2020, la mesa directiva del Concejo Municipal de Aguachica revocó oficiosamente el concurso público de méritos para escoger personero de esa municipalidad para el período institucional del 2020 al 2024, la cual se venía adelantando desde la vigencia anterior.

Segundo, agregaron que el 6 de agosto del año 2020, en sesión ordinaria no presencial del Concejo Municipal de Aguachica, previo proceso de estudio y selección de las hojas de vida por parte de la Comisión Accidental de Documentación, se designó en plenaria a la abogada Johana Caviedes Pabón, como personera transitoria de esa municipalidad. Quien tomó posesión del cargo de forma inmediata.

De otro lado, señalan que como consta en el Sistema Estatal de Contratación SECOP I, la ciudadana Johana Caviedes Pabón, el día 13 de diciembre de 2019, celebró con la Defensoría del Pueblo el contrato de prestación de servicios profesionales N° DP4456-2019, cuyo objeto consistió en “la prestación de servicios profesionales de abogado para la representación judicial y extrajudicial de los usuarios de la defensoría pública y la promoción, defensa y divulgación de los derechos humanos”; con lugar de ejecución en los circuitos de Aguachica (Cesar), por un valor de 56’250.000,00 y cuyo plazo de ejecución se extendía hasta el 31 de diciembre del año 2020. El cual se dio por terminado en el mes de julio de ese mismo año.

Destacan que mediante Resolución 42 de 31 de agosto de 2020, se levanta la suspensión y se reinicia el convenio N° 01 de 2020 con la Universidad de Pamplona, con el objeto de prestar asesoría, acompañamiento y apoyar la realización de las actividades necesarias para el proceso de concurso público de méritos para la elección del personero municipal de Aguachica (Cesar) por el periodo institucional 2020-2024.

²⁵ Al respecto véase el enlace que contiene el registro Samai N° 6.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Se pone de presente que mediante Resolución N° 072 de 12 de noviembre de 2020, la mesa directiva del Concejo Municipal de Aguachica aceptó la renuncia irrevocable de la personera transitoria del mencionado municipio y al día siguiente después de surtirse la fase previa del concurso público de méritos dicha corporación en sesión plenaria no presencial, con 8 votos a favor, eligió a la doctora Johana Caviedes Pabón como personera de ese municipio quien tomó posesión del cargo de forma inmediata.

Finalmente, se expone que la abogada Caviedes Pabón se encuentra incurso en la inhabilidad contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 por haber celebrado dentro del año anterior como personera de Aguachica, un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública del nivel nacional como es la Defensoría del Pueblo, para ser ejecutado en la referida municipalidad.

De otro lado, al momento de contestar la demanda, el apoderado de la demandada manifiesta en cada uno de los expedientes acumulados que son ciertos los hechos relacionados con el concurso público para escoger personero del municipio de Aguachica por el período ya mencionado.

Además, la celebración del contrato para la prestación de servicios profesionales de la demandada con la Defensoría del Pueblo y la designación de esta como personera transitoria y en propiedad de dicha municipalidad.

Afirma que no es cierto que la demandada al momento de su elección como personera del municipio de Aguachica se encontraba incurso en inhabilidad que le impidiera el desempeño del cargo. Así mismo, que el acto acusado se encuentra ajustado a la legalidad y fue el resultado de un concurso de méritos en el cual su representada superó todas las etapas para poder ser elegida.

Finalmente, expone que no es cierto el hecho relacionado con la configuración de la inhabilidad contemplada.

Minuto 21:27 [interrupción de la exposición del magistrado instructor].

Minuto 22:06 Ministerio Público. El Despacho le informa que tiene fallas técnicas, pero que no se retiren porque ya las van a solucionar.

Minuto 28:05 Magistrado. Presentó excusas por la interrupción del fluido eléctrico.

Minuto 28:08. Apoderado judicial del Concejo Municipal de Aguachica se presenta, indicando que fue vinculado como coadyuvante y procedió a identificarse.

Minuto 31:56. Magistrado. Continuando con el relato de los hechos para indicar que finalmente el apoderado de la demandada que no es cierto el



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

hecho relacionado con la configuración de la inhabilidad contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, pues según su dicho no se cumple con el elemento objetivo previsto en la jurisprudencia del Consejo de Estado para tal fin. Así mismo, que en la finalidad que cumplen las inhabilidades en el sistema jurídico no existe ninguna prohibición de que un contratista que desarrolló un contrato para ejercer la defensoría del pueblo, perdón, defensoría pública como servicio esencial fundamental pueda desempeñar el cargo de personero y por último los intervinientes del Concejo Municipal de Aguachica y el municipio no dieron contestación a las demandas.

Minuto 33:04. Magistrado.

Ahora bien de conformidad con lo anterior y lo solicitado en las pretensiones de las demandas acumuladas, el litigio se centrará en determinar, en primer lugar, si es nulo o no el acto administrativo contenido en el acta de sesión plenaria no presencial del Concejo Municipal de Aguachica Cesar de fecha 13 de noviembre del año 2020 que declaró la elección de la señora Johana Caviedes Pabón como personera de esa municipalidad para el período comprendido del 2020 al 2024.

Ahora en caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar si dada la nulidad del acto de elección deprecado y a que el mismo obedece a una causal subjetiva resulta procedente nombrar en propiedad al personero municipal de Aguachica, para dicho período institucional, a quien tuviere el derecho legítimo conforme a la lista de elegibles adoptada mediante Resolución N° 069 del 11 de noviembre del año 2020.

Así las cosas, le pregunto a los apoderados de las partes si están de acuerdo o no con la fijación del litigio que se acaba de hacer.

Minuto 34:24. Demandante Carlos Uribe. Estoy de acuerdo con la decisión.

Minuto 34:36. La parte demandante Fredy José Martínez. Sí, pero para aclarar a efecto de que se estime como parte de la fijación del litigio, el suscrito manifiesta en que el asunto recae sobre si es nula la elección realizada por el Concejo Municipal de Aguachica Cesar mediante acta de sesión plenaria no presencial N°087 de 13 de noviembre de 2020, por medio del cual el Concejo Municipal de Acuachica Cesar, en virtud de las causales de inhabilidad consagradas primero en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, aplicable en virtud de la remisión expresa que hace el literal a) del artículo 174 y segundo en los dos eventos contemplados en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

De igual manera se debe determinar (sic) si procede declarar la nulidad del acto de nombramiento deberá entonces establecerse si es procedente que el tribunal ordene nombrar en propiedad como personero municipal de Aguachica para dicho período institucional a quien tuviere el derecho legítimo



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

conforme a la lista de elegibles adoptada mediante Resolución 069 del 11 de noviembre de 2020.

Minuto 36:03. Magistrado. “Seguimos por favor”.

Minuto 36:07. Demandante José Octavio Guerra Hinojosa. De acuerdo con la fijación del litigio del despacho.

Minuto 36:16. La parte demandada. No está de acuerdo con la fijación del litigio por las razones que pasan a exponerse. La primera tiene que tenerse en cuenta que la demanda de Octavio José Guerra Hinojosa incorpora otra solicitud u otra causal de nulidad cual es la del acto de elección de la personera Johana Caviedes Pabón y para tal efecto cita el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, situación que no quedó incluida dentro de la fijación del litigio.

Ahora bien, tratándose del segundo motivo de inconformismo por parte de la demandada con relación a la fijación del litigio y en oposición a lo que acaba de hacer referencia el doctor Alexis Amaya, es que tratándose de una acción de nulidad electoral uno de los requisitos indispensables de este tipo de acción es que se tiene que tener en cuenta dentro de la fijación del litigio, el concepto de violación esgrimido en las demandas y para tal efecto traigo a colación la sentencia del 18 de junio de 2021, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el que determinó que en los casos de nulidad electoral es indispensable fijar el litigio, pues de lo contrario se violaría el principio de congruencia procesal y aquí es donde quiero hacer especial énfasis, porque cuando se acude al escrito de demanda presentado por el abogado Carlos Alberto Uribe Sandoval en el hecho décimo primero y cuando se acude al escrito de la demanda presentada por Alexis Amaya en el escrito (sic) décimo primero igual que en la de Octavio José Guerra Hinojosa, las tres coinciden e [Interrumpe el magistrado conductor de la audiencia]

Minuto 38:52. Magistrado. [Interpela] concrete qué hay que agregar al litigio y deje esos argumentos para los alegatos de conclusión, por favor.

Minuto 38:55. Continúa la parte interpelada. Ok, el tema es que ellos solo se limitan a proponer la segunda de las hipótesis normativas previstas en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, es decir cuando dice que está inhabilitada la persona que ha celebrado, por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza, con entidades u organismos del sector central o descentralizado de nivel administrativo y que este deba cumplirse en el respectivo municipio, es decir en el municipio de Aguachica. Eso fue lo que ellos demandaron y por eso fue que pidieron la nulidad del acto. Muchas gracias.

Minuto 39:34. Magistrado. Perfecto, por eso es que se está fijando el litigio de esa manera. Seguimos por favor.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Minuto 39:40. El concejo municipal de Aguachica, a través de apoderado. Yo quisiera hacer mi manifestación respecto a la fijación del litigio siendo consiente también de la figura que nosotros hemos seguido dentro de este proceso que es la coadyuvancia, pero yo quiero puntualizar en algo. Ya su Señoría determinará. Yo considero que el litigio debe enmarcarse en establecer por parte del Tribunal Administrativo del Cesar la nulidad del acto administrativo y no enmarcarse [interrumpe el magistrado instructor]

Minuto 40:26. Magistrado. [Interpela] le agradezco que me concrete. Es que usted no puede cambiar las pretensiones a la demanda. Si tiene algo más que agregar más aspectos hágalo en los alegatos de conclusión. ¿Qué quiere agregar usted a la fijación del litigio? Y límitese a las pretensiones de las demandas acumuladas, por favor.

Minuto 40:41. El apoderado del concejo municipal continúa. Doctor que se mire únicamente la nulidad del acto administrativo. Gracias.

Minuto 40:47. Magistrado. Seguimos.

Minuto 40:53. Municipio de Aguachica, a través de apoderado judicial. Bajo el entendido que el despacho a la hora de tomar decisión de fondo frente a las pretensiones de la demanda, estudiará las causales alegadas por los demandantes, el suscrito está de acuerdo con la fijación del litigio realizada por el despacho. Muchas gracias.

Minuto 41:12. Magistrado. Seguimos por favor.

Minuto 41:15. El Ministerio Público se encuentra de acuerdo con la fijación del litigio su Señoría.

Minuto 41:20. Por favor falta alguien por intervenir. Creo que no. Correcto. Seguimos entonces. Sería del caso entrar a [continúa con la siguiente etapa de la audiencia]”.

La Sala advierte que, en realidad, el espectro de la fijación del litigio quedó en términos bastantes amplios, aunque es innegable que se estructuró en determinar si la accionada estaba incurso en la causal de inhabilidad del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, el señalamiento de los extremos de la controversia que se expuso en la audiencia inicial es duplicado en el fallo de primera instancia y fue el marco de referencia empleado por el Tribunal *a quo*²⁶ al momento de sentenciar el asunto judicializado. Ello se advierte del capítulo 6.2 titulado problema jurídico, en el cual dijo remitirse a lo indicado en la respectiva audiencia.

²⁶ “Desde el cual”. “Dicho de un juez o de un tribunal: De cuyo fallo se parte en la apelación a otra instancia superior”. Diccionario de la Real Academia Española.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

No obstante, como en el dispositivo normativo que consagra la inhabilidad, concretamente en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, convergen dos conductas de impeditivas de elegibilidad perfectamente escindibles, se hace necesario que la Sala ahonde aún más en lo acontecido en la audiencia, teniendo como bitácora las demandas.

Revisadas estas últimas, se observa que en el relato de los hechos todas se enfocan en tener como referente el contrato N° DP-4456-2019 de 13 de diciembre de 2019, celebrado por la accionada Caviedes Pabón con la Defensoría del Pueblo. Y, en efecto, se leen planteamientos como el contenido en el hecho décimo primero de la demanda con el radicado 2021-00009, que dan a entender que se estaría en el campo de la causal de celebración de contratos, cuando la parte actora indicó expresamente:

“Que la abogada Johana Caviedes Pabón se encuentra inmersa en la inhabilidad contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, **por haber celebrado** dentro del año anterior a su elección como personera de Aguachica – Cesar, un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública del nivel nacional, como lo es la Defensoría del Pueblo, para ser ejecutado en el municipio de Aguachica – Cesar” (Destacado fuera de texto).

Pero lo cierto es que en el concepto de violación (véase capítulo IV de esa misma demanda), al explicar los elementos de la inhabilidad que atribuye a la accionada, indica de manera expresa, frente al elemento material u objetivo que es:

“consistente **en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio** (elemento territorial)”. Destacados fuera del original.

Y al ahondar sobre los argumentos que sustentan el planteamiento de este segundo elemento indicó:

“[Se] hace referencia a **haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato deba ejecutarse en el respectivo municipio**, es, por lo tanto, que la Defensoría del Pueblo, entidad que fungió como contratante en el mencionado Contrato de Prestación de Servicios Profesionales N°: DP-4456 del 13 de diciembre de 2019, según el Decreto 25 del 10 de enero de 2014, ‘por medio del cual se modifica la estructura orgánica y se modifica la organización y funcionamiento de la defensoría del Pueblo’, en su artículo 1°, se indica que ‘la Defensoría del Pueblo es un organismo que forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Procurador General de la Nación y le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos', no cabe duda entonces que es una entidad de naturaleza pública. El citado contrato de prestación de servicios, determinó como lugar de ejecución de las actividades contractuales, los circuitos de Aguachica (Cesar), precisamente el mismo municipio donde fue elegida como Personera". Destacados fuera de texto.

Con mayor contundencia, en la otra demanda que dio origen al vocativo 2021-00001, se expuso que la inhabilidad en la que incurrió la accionada está dada por la conducta de intervención en la celebración de contrato. En efecto, dice el escrito introductorio a la altura del concepto de violación, en el que se explican las razones por las cuales considera que la accionada estaba incurso en la inhabilidad del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Para ello, partió de la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales con la Defensoría del Pueblo, para ejecutarse en el municipio de Aguachica. Agregó:

"Ahora bien de la lectura de la norma anteriormente transcrita [se refiere al literal g) citado] se pueden extraer los elementos que integran dicha inhabilidad, de forma tal que se puede afirmar que esta está conformada por:

i) **Un elemento temporal...**

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 deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio (elemento territorial).

iii) **Un elemento subjetivo...**

(...) frente al primer elemento,.. debe indicarse que la señora Johana Caviedes Pabón fue designada, por el Concejo Municipal de Aguachica, en sesión... del 13 de noviembre de 2020, y había celebrado el 13 de diciembre de 2019, contrato de prestación de servicios profesionales N°:DP-4456-2019, con la Defensoría del Pueblo, de forma tal que se tiene por demostrado el primero de los elementos.

El segundo de los elementos hace referencia a haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato deba ejecutarse en el respectivo municipio, es, por lo tanto, que la Defensoría del Pueblo, entidad que fungió como contratante en el mencionado Contrato de Prestación de Servicios Profesionales N°:DP-4456 del 13 de diciembre de 2019., no cabe duda entonces que es una entidad de naturaleza pública. Con relación al otro elemento, el citado contrato de prestación de servicios, determinó como lugar de ejecución de



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

las actividades contractuales, los circuitos de Aguachica (Cesar), precisamente el mismo municipio donde fue declarada su elección como Personera para el período institucional 2020-2024”.

Así las cosas, dos de las tres demandas que se acumularon y de las cuales conoce el Consejo de Estado, por vía de apelación, sí abordaron el asunto desde la conducta de la intervención en la celebración de contrato y, por ende, colocaron esta conducta inhabilitante dentro del espectro del asunto a decidir.

La parte accionada en defensa de su punto, en el memorial de la apelación ilustra sobre el entendimiento de lo que, a su juicio, aconteció en la audiencia inicial, a fin de insistir en que la fijación del litigio quedó limitada a la causal de inhabilidad de celebración del contrato.

Al respecto, la Sección Quinta no encuentra que dentro del desarrollo de la audiencia inicial la conclusión sea como la vio la accionada. Se afirma de ese modo porque el tribunal *a quo* se decantó por incluir todo el panorama del contenido del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y, ello resulta acorde con lo indicado en dos de las tres demandas acumuladas.

Por ello, la interpretación que la accionada hace sobre su entendimiento de lo acontecido en la audiencia inicial, a fin de que el tema de decisión se quede solo en los contornos de la inhabilidad por celebración del contrato, resulta más alejado al desenvolvimiento de los sucesos de dicha diligencia oral y ajeno a los planteamientos de las demandas 00001 y 00009, comoquiera que en estos vocativos sí se argumentó sobre la inhabilidad de intervención, como resulta verificable de las transcripciones que se hicieron de los apartes respectivos.

Aceptar la tesis de la accionada vaciaría de contenido la demanda 00001, la cual si bien empleó como parámetro el hecho cierto probado de la celebración del contrato, enfocó su argumentación respecto de la intervención en la celebración del mismo e hizo la respectiva imputación de la inhabilidad dentro de esta conducta contenida en el literal g) *ibidem*.

Ahora bien, sobre la posible vulneración del derecho de defensa y contradicción y del debido proceso de la accionada, devenida de que fincó su defensa en la causal de celebración del contrato, la Sala no encuentra de recibo este argumento. Esto, por cuanto resultaba claro para el proceso y sus participantes, que el Tribunal *a quo* no restringió ni limitó la causal del literal g) en cita; en armonía con el hecho de que dos de las tres demandas, sí enfocaron el asunto impeditivo desde la conducta de intervención en la celebración del contrato.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

No se advierte entonces disparidad alguna de cara al eje temático que correspondía juzgar al tribunal, pues tratándose de demandas acumuladas por causales subjetivas contra un mismo designado es viable que dentro de los planteamientos de los demandantes no siempre converjan argumentos unívocos.

En esa línea, al no haber la modificación sustancial en la fijación del litigio, en los términos del planteamiento de la accionada en su apelación, tampoco emerge la consecuencia de la supuesta incongruencia del fallo o la vulneración a sus garantías del debido proceso y defensa.

Nótese cómo desde un inicio el planteamiento judicializado campeó entre las dos conductas que prevé la norma invocada en una de las censuras, concretamente, por una parte, en la celebración de contratos y, por otra, en la intervención. Valga recordar que cuando se conoció de la apelación contra la medida cautelar de suspensión provisional dentro de este vocativo, fue el recurso el que limitó la labor de la Sección Quinta como juez *ad quem*, por cuanto se enfocó en la arista de la celebración del contrato. Ello, se encuentra claramente establecido tanto en el auto de 16 de septiembre de 2021, como en la disidencia a este por parte de uno de los miembros de la Sala²⁷ y en la decisión sobre la denegatoria de la solicitud de aclaración a la providencia.

En esa realidad procesal es la que la Sala no encuentra de recibo el planteamiento de la apelación de la accionada, comoquiera que la interpretación que hizo sobre el alcance de la audiencia inicial en la etapa de fijación del litigio, no responde al desenvolvimiento de los acontecimientos.

En consecuencia, para la Sala la fijación del litigio sí incluyó la conducta de intervención en la celebración del contrato, prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Además, que como se vio en consideraciones precedentes fue mencionada expresamente en dos de las demandas acumuladas, sin que se advierta que se trató de una mera inferencia como lo indicó el *a quo*.

Aclarados esos aspectos previos, procede la Sala con el estudio de fondo respectivo.

2.5. La causal de inhabilidad del personero prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Valga recordar que en general, cuando el Constituyente o el legislador determinaron como hechos constitutivos de impedimentos para acceder al cargo, tuvo en mente proteger la igualdad de los aspirantes de aquello que pudiera

²⁷ Magistrada Rocío Araújo Oñate.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

advertirse o evidenciarse como aspecto que desequilibrara las condiciones que deben predicarse a favor de todos y, en algunas como la que tiene que ver con asuntos negociales o contractuales, evitar afectar las labores y competencias que el servidor asume cuando es designado para el cargo.

Por ello, ha buscado proscribir todo aquello que implique ventaja nociva de un aspirante frente a otro, que alejen a la selección para el cargo de las condiciones propias del elegido como aspirante al puesto para el cual se postula y sobre todo cuando están de por medio quienes buscan ingresar e integrar el sector público, entendido en sentido amplio.

Dentro de ese raciocinio encontró que quien hubiera celebrado, gestionado o intervenido en negocio jurídico con entidad perteneciente al Estado, podría generar un favorecimiento del electorado. De ahí se buscó evitar que el contratista público (candidato) se aprovechara de su condición de tal e incluso antepusiera sus vínculos y relaciones con el sector público, así fuera en meras tratativas negociales, como plataforma para hacerse visible al electorado, a fin de ser acogido por los votantes como opción política.

Ello quedó claramente discutido cuando incluso apenas se estaba estructurando lo que luego sería la Constitución Política de 1991. En efecto, en las Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente se tenía claro el propósito de consagrar las inhabilidades tanto atinentes a la celebración del contrato como a las que solo se incluían las actividades prenegociales, en principio focalizada en la situación de los congresistas, como se lee en los siguientes apartes:

En este punto, la Asamblea Nacional Constituyente disertó:

“En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).”²⁸

Tales disquisiciones resultan armónicas, en su generalidad, con todas las previsiones que contienen inhabilidades soportadas en relaciones negociales.

²⁸ Sesión Comisión 3 de abril 29 de 1991 (3429).



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Siendo similar en su base filosófica general a lo que se predica del cargo de personero.

El artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en su literal g) dispone sobre las inhabilidades que tienen soporte en un hecho negocial, lo siguiente:

“Artículo 174. Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

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

Conforme al numeral transcrito, se observa que la norma, en realidad, consagra dos (2) conductas escindibles e independientes constitutivas de inhabilidad, a saber: i) la intervención en la celebración de contratos y ii) la celebración del contrato propiamente dicha. Ambas inhabilidades están enmarcadas en el año que precede a las elecciones.

Sobre la primera de las causales previstas en la norma, de cara a la previsión transcrita, esto es la de intervención en la celebración, se tiene que los elementos constitutivos de esta parte de la causal, son:

- **Elemento subjetivo:** la persona (candidato) que aspira a ser personero de la entidad territorial.
- **Elemento temporal:** un (1) año contado en forma regresiva desde el día de la elección o lo que es igual que se extiende durante el año que la precede.
- **Elemento material u objetivo:** intervenir en la celebración del contrato.
- **Elemento de sujeto pasivo:** que el negocio jurídico en el cual interviene se enfoque a que sea celebrado con entidades públicas (entidad contratante).
- **Elemento de finalidad o provecho:** en interés propio o de terceros.

Ahora bien, pasando a la otra causal que se contiene en la misma norma citada, es claro que aunque puede coincidir con su homóloga, en que se tome como referente un contrato, lo cierto es que presenta algunos signos diferenciales de la inhabilidad por intervención en la celebración. En efecto, los presupuestos



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

distintivos se advierten en los factores (i) material u objetivo y (ii) sujeto pasivo, aunque coincide en todo lo demás. Sin olvidar que se agrega un (iii) factor condicional, como pasa a explicarse.

En efecto, cuando se trata de la inhabilidad por celebración del negocio, ya no por intervención, se tiene:

El **elemento material u objetivo**: es la celebración del contrato, por sí o por interpuesta persona. Ya no las tratativas o gestiones antecesoras a la formalización del negocio.

El **elemento de sujeto pasivo cualificado**: es con entidad u organismo del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo con quien debe celebrarse el contrato.

El **elemento condicional**: el contrato o negocio debe ejecutarse o cumplirse en la misma circunscripción de la aspiración política del aspirante.

No debe perderse de base que las causales de inhabilidad que buscan contener aspectos como el tráfico negocial, entre otros, persiguen como objetivo común, preservar la igualdad entre los candidatos, sobre el supuesto de existir una relación relevante con el Estado potencialmente ventajosa para alguno de ellos que desequilibre el principio de la función pública, atinente a la igualdad del mandato superior 209, con impacto en el de transparencia del artículo 3 del CPACA (principio de la actuación administrativa).

Al respecto, en el tema de congresistas, frente a la causal de inhabilidad por celebración de contratos o gestión en la intervención de estos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha explicado la teleología para haberse consagrado, la cual resulta ilustrativa y pedagógica para dar alcance al caso *sub júdice*, en cuanto hizo la siguiente alusión:

“Este supuesto de inhabilidad [se refiere a la gestión de negocios o celebración de contratos] busca prevenir asimetrías de poder en dos ámbitos que se rigen por estrictas reglas de igualdad. De un lado, previene desequilibrios en la contienda electoral que puedan derivarse de los beneficios que obtenga el candidato, con ocasión de sus gestiones o contratos con la Administración. De otro lado, previene asimetrías y prácticas corruptas en los procesos de contratación, que pueden tener lugar si un candidato aprovecha su posición para tomar ventaja sobre la entidad pública o sobre otros proponentes²⁹.”.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de octubre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-01. Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar y Otros.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

De forma similar, la Sala ha destacado la finalidad preventiva de estas inhabilidades:

“[L]a fuente de las causales de inhabilidad en estudio es preventiva y proteccionista de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, bajo el propósito de precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos³⁰”.

Como se mencionó consideraciones atrás, a pesar de la identidad en algunos de los elementos que estructuran ambas conductas inhabilitantes, de la coincidencia de propósito y que, por lo general, la intervención ante las entidades públicas apunte a la celebración de contrato, no puede perderse de vista que se trata de causales de inhabilidad autónomas e independientes, referidas a hechos y actividades del elegido que ocurrieron en diferentes momentos y se manifiestan de formas distintas, como se evidencia del contenido del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Ilustrativas resultan las consideraciones que la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-393 de 2019, cuando se pronunció sobre la exequibilidad de esta inhabilidad y los supuestos teleológicos de su consagración.

En efecto, como primera premisa destacó que (i) ayuda a salvaguardar el principio de igualdad de oportunidades en dicha elección, comoquiera que bloquea la ventaja que se puede presentar por parte del aspirante que ha desarrollado cercanía con la administración a partir de su desempeño como contratista de la misma. Al efecto, si bien reconoció que el cargo de personero se provee por concurso de méritos, en este existe un cierto grado de discrecionalidad del concejo municipal en la escogencia del personero; (ii) evita la confusión entre intereses privados y públicos. Esto por cuanto el personero tiene control sobre los contratistas estatales, como se advierte de sus funciones que ejerce como parte del Ministerio Público (art. 118 Superior). En concordancia con el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, que prevé dentro de las competencias del cargo de personero las de proteger el interés público, vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas, la conducta oficial de quienes desempeñan funciones

Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas (Senador de la República). M.P. Alberto Montaña Plata.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-28-000-2018-00015-00. M.P. Rocío Araújo Oñate, en parafraseo de la sentencia de 3 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-00051-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviendes Pabón (Personera de Aguachica)

públicas y el adecuado recaudo y distribución de recursos públicos. Así también, ejercer la defensa del patrimonio público y los intereses colectivos.

Se busca contener que un posible conflicto entre los propios intereses particulares del aspirante a personero que desarrollaba como contratista y los intereses públicos que después debe defender cuando es personero. Ello se evidencia para la Corte, parafraseando³¹ al Consejo de Estado en las actividades de (i) supervisión de la celebración de contratos y del pago de funcionarios públicos a los contratistas particulares; (ii) verificación de que la ejecución del contrato no cause daños ambientales ni a derechos colectivos; (iii) supervisar el pago que funcionarios públicos hagan a particulares por contratos ejecutados en el municipio.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que el fallo de instancia se decantó en la decisión por abordar la causal del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, desde la faceta de la intervención y no de su homóloga de celebración del negocio jurídico.

En consecuencia, el análisis del juez *ad quem* debe recaer sobre dicha premisa. Al efecto, es claro que conforme a lo indicado consideraciones atrás, existen las diferencias indicadas frente a los elementos constitutivos de cada una de las conductas previstas en el literal g) *ibidem*.

2.5.1. La intervención en la celebración de contrato ante entidades públicas como causal de inhabilidad

Como su nombre lo indica, no se requiere estar en el campo de la celebración del contrato, lo cual evidencia que se trata de las actividades prenegociales o de acercamiento que establece el aspirante, enfilado a lograr una celebración comercial, sin importar para los efectos de la inhabilidad probar o determinar que en efecto se suscribió o se pactó.

Se dirá entonces que en este evento, la inhabilidad no es de resultado sino de medio, por ello no se exige la culminación con la suscripción efectiva del negocio. Basta entonces con haber desplegado las tratativas comerciales con la entidad pública para que emerja el elemento objetivo, que deberá concurrir con los restantes para dar lugar al impedimento para asumir el cargo.

Es en esta concepción de las tratativas comerciales, se encuentra el punto de inflexión con la celebración del contrato, dada la necesidad de dejarla consagrada

³¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 1 de diciembre de 2016. C.P., Lucy Jeannette Bermúdez”.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

con un espectro más amplio y con mayor campo de acción. Ello se advierte claramente, porque mientras para la intervención, el elemento que estructura al sujeto pasivo es el de cualquier entidad pública –enfoque amplio-; en el caso de la celebración negocial se tiende a restringir a solo unas entidades u organismos y a un espacio territorial –esquema restringido-

En efecto, en el esquema del cargo de personero, mientras la intervención se afinca en que el otro lado negocial lo conforme una “entidad pública”; en la celebración del contrato, debe tratarse de organismo del “nivel central o descentralizado”, lo que conlleva un límite menos amplio que el de aquella.

Esa consagración diferencial ha permeado varios casos frente a otros servidores, comoquiera que comparten algunas similitudes en la llamada causal de inhabilidad por intervención en negocios y ha sido conocida de antaño por el Consejo de Estado, como se evidencia a título ilustrativo en cuanto concierne a las causales homólogas en el caso de los congresistas, cuando se ha analizado la intervención en la gestión y en la celebración de contratos. En este punto se ha indicado que son conductas distintas y autónomas, en las que incluso la intervención tiene una mayor amplitud en su contenido, por cuanto se ha tendido a que la previsión normativa que la consagra sea más específica en lo que atañe a la celebración del contrato propiamente dicha.

En particular, respecto del elemento material u objetivo, la intervención en la celebración de contratos se ha visto desde una arista de proactividad en la que resultan explícitas las manifestaciones tratativas que se enfocan a la celebración del negocio jurídico, se reitera, así no se dé. Y otra, más tenue en su manifestación y es aquella que emerge cuando resulta comprobado que se celebró el contrato. Ambas facetas se enfocan en que la actividad desplegada sea potencialmente eficaz para el propósito negocial, descartando así la mera suposición o elucubración, sin pretender tampoco exigir la demostración del logro efectivo del acuerdo. En este último punto, no puede tomarse en consideración que las ventajas obtenidas del contrato estatal sean probadas, so pretexto de que si no se logra desaparezca o deje de existir el hecho impeditivo.

Así mismo, en lo que atañe al elemento material u objetivo, la Sala ha hecho énfasis en que la intervención en la celebración del contrato, sí es viable que se concrete o se evidencia a partir del acto mismo de la suscripción o firma, considerando los precisos términos en que fue formulada la causal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que sujeta el



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

perfeccionamiento de los contratos del Estado a que “se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”³².

Por ello resulta viable que a partir de tener probada la existencia del negocio jurídico, el juez tenga la certeza de que previo a la suscripción del contrato, se presentaron y desplegaron tratativas con el propósito negocial, que resultan evidentes ante la culminación del trámite con la celebración efectiva del acuerdo, sin demeritar que se está en el contexto de la intervención.

En punto a la intervención en la celebración de contratos, la Sección Quinta ha discurrido sobre su finalidad en los siguientes términos:

“[l]a inhabilidad por celebración de contratos tiene una clara finalidad constitucional –de hecho, todas la tienen–, tendiente a proteger la moralidad e imparcialidad del proceso electoral y del cargo al que se aspira, pues, de un lado, “busca evitar una confusión entre intereses públicos y privados”, ya que, “quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado”...³³”.

Adicionalmente, es innegable que existe la posibilidad de que la intervención en la celebración de contratos ocurra de forma indirecta, de modo que queden comprendidos terceros que no los suscriben³⁴, por lo que en el análisis que debe acompañar la pesquisa sobre si la conducta del candidato (tercero negocial) aconteció o no, debe estar reforzada con medios probatorios que den cuenta de ello.

Ahora bien, sin desconocer la realidad del tráfico negocial y prenegocial, para no llegar a extremos nocivos, entre otras más situaciones, se ha descartado la existencia de inhabilidad cuando el servidor público obra en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales, pues en este escenario sus actuaciones no

³² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 21 de enero de 2021, Rad. 50001233300020200001301. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 11 de marzo de 2021, Rad. 050012333000201903154. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; sentencia de 8 de abril de 2021, Rad. 85001-23-33-000-2019-00184-01. Ver además, entre otras: Sentencia de 29 de abril de 2021, Rad. 11001-03-28-000-2020-00002-00; sentencia de 18 de febrero de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2019-02852-02 y sentencia de 16 de diciembre de 2020, Rad. 20001-23-33-000-2020-00005-01.

³³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de agosto de 2020, Rad. 68001-23-33-000-2019-00926-01.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de octubre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-01. Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 19 de febrero de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-00. Sala 13 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 16 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03518-00. Sección Quinta, sentencia de 11 de abril de 2019, Rad. Rad. 11001-03-28-000-2018-00080-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-000127-00 Y 11001-03-28-000-2018-000130-00).



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

persiguen un interés propio ni de terceros particulares, sino que buscan satisfacer el interés general³⁵.

Delineados los contornos de las causales de inhabilidad invocadas en el caso concreto, emprende la Sala el estudio de los argumentos de los apelantes contra el fallo de primera instancia.

2.5.2. Caso concreto

En este asunto, el Tribunal encontró acreditada la intervención en la celebración de contrato, lo cual conllevó a que declarara la nulidad de la elección cuestionada.

Ciertamente, la Sección Quinta encuentra que la accionada fue elegida personera municipal en sesión de 13 de noviembre de 2020, conforme consta en acta de la fecha que da cuenta de la sesión plenaria del Concejo de Aguachica.

De lo anterior se evidencia que para efectos del año que prevé el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 para algunas de las inhabilidades que recaen sobre el cargo de personero, abarca el año calendario o corrido que le antecede, es decir que el período inhabilitante, cuando se trata de la causal que se analiza transcurrió entre el 13 de noviembre de 2019 al 13 de noviembre de 2020, comoquiera que fue elegida en la primera fecha mencionada, como da cuenta el acto declaratorio de la elección expedido por el cabildo municipal.

Ahora bien, conforme al acervo probatorio, en el que reposan las siguientes piezas documentales contractuales, se demuestra el contexto negocial, tanto en su objeto, las partes suscriptoras, su perfeccionamiento y sus fechas:

1. Contrato de prestación de servicios profesionales N° DP-4456 de 13 de diciembre de 2019 celebrado entre la señora Johana Caviedes Pabón en calidad de contratista y la Defensoría del Pueblo como entidad contratante.

El objeto negocial está acordado en la cláusula primera para la prestación de servicios profesionales de abogado para la representación judicial y extrajudicial de los usuarios del servicio de defensoría pública y la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. Este fue complementado con la cláusula nominada “programa”, en la que la contratista se obligó a prestar sus servicios profesionales en el programa penal general, en calidad de defensora pública ante los jueces penales del circuito, circuito especializado y penal militar,

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00710-01.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

sin perjuicio de que se le asigne a otras instancias judiciales (cláusulas segunda y tercera).

Así también, se dejó claro que el lugar de ejecución del contrato sería en el circuito de Aguachica de la Defensoría Regional del Cesar. Pero se dejó acordado que podía ser asignada a otro e incluso a regional diferente (cláusula cuarta).

En relación con el plazo de ejecución y vigencia del contrato, la cláusula quinta es la encargada de indicar el primero con la mención de “*hasta el 31 de diciembre de 2020*”, contado a partir de la suscripción del acta de inicio de actividades, previo el registro presupuestal correspondiente y la aprobación de la garantía única por parte del Defensor del Pueblo Regional o quien haga sus veces. De otra parte, la vigencia será el plazo de ejecución más cuatro (4) meses más.

El valor total del contrato fue de \$56.250.000,00, y la forma de pago en emolumentos de \$4.500.000,00, sujetos a la prestación efectiva del servicio “*lo que se acredita con la entrega personal del informe al supervisor del contrato para la certificación de honorarios del periodo que corresponda y a la aprobación del Plan Anual de Caja – PAC*” (cláusula décima).

La terminación del contrato se acordó por las causales de: (i) vencimiento del plazo de ejecución y de sus prórrogas; (ii) mutuo acuerdo de las partes y (iii) unilateralmente. Dejando la siguiente salvedad “*Parágrafo primero. En el caso de terminaciones anticipadas, las mismas deberán comunicarse por el contratista al defensor del Pueblo Regional y al supervisor en un plazo no menor a treinta (30) días...*” (cláusula vigésima tercera).

En el tema de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato, se indicó que aquel acontecía con la firma de las partes y para la segunda se requería del registro presupuestal, aprobación de la garantía única y la suscripción del acta de inicio (cláusula vigésima octava).

2. La sujeción a las apropiaciones presupuestales

Conforme a lo pactado, el valor del contrato de marras se pagó con cargo al presupuesto de la Defensoría, de la siguiente manera:

Vigencia	Certificado de Disponibilidad presupuestal – CDP
Diciembre de 2019	SIIF No 918419 del 18-07-2019
Aprobación vigencias futuras	Enero a Diciembre 2020 Radicado: 2-2019-051214 del 10 de diciembre de 2019, emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

(Véase cláusula décima tercera del contrato).

3. El acta de inicio de actividades suscrita por las partes el 16 de diciembre de 2019, en el municipio de Aguachica. En esta se informa que la fecha de terminación del contrato es el 31 de diciembre de 2020.

De lo anterior, se evidencia entonces que cotejada la fecha de suscripción del contrato precitado (13 de diciembre de 2019), que contó con los elementos de perfeccionamiento y de ejecución, con el registro presupuestal e incluso la del acta de inicio rubricado por los contratantes (16 de diciembre de 2019), es claro que el negocio quedó suscrito, perfeccionado e incluso comenzado dentro del período inhabilitante del año que precede a la elección, que transcurrió del 13 de noviembre de 2019 hasta el 13 de noviembre de 2020.

Valga aclarar, al margen, que aunque el contrato quedó celebrado dentro del período inhabilitante con la Defensoría del Pueblo, el punto de inflexión para enervar la causal de inhabilidad de celebración del contrato, fue la naturaleza jurídica de la entidad contratante, comoquiera que esta no encuadra en la arquitectura del Estado dentro de la calificación de entidad u organismo del nivel central o descentralizado del nivel administrativo, requisitos que como se vio consideraciones atrás son constitutivos de la modalidad impeditiva negocial.

En contraste, el hecho inhabilitante que congrega a la Sala en esta oportunidad resulta de la conducta de intervención en la celebración, que como quedó visto en las generalidades, si bien se apoya, probatoriamente en el hecho demostrado de la fecha de suscripción del contrato (13 de diciembre de 2019), se impone la concurrencia de los otros factores ya explicados.

Ahora bien, sin perjuicio de la posición de la Sala Electoral atinente a dar por probada la intervención con la suscripción del contrato, a manera de refuerzo argumentativo, la Sección Quinta encuentra que en el acervo probatorio reposa, por una parte, el documento titulado “*estudio previo prestación de servicios profesionales o de apoyo de gestión*” suscrito por el Director Nacional de Defensoría Pública, en el cual se observa un acápite titulado “*criterios de selección del defensor público*”. En dicho apartado se deja claro que la modalidad de selección es la contratación directa y que acorde con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 “*se contrata a la persona natural en atención a su idoneidad y experiencia siempre y cuando acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resoluciones 939 y 1281 de 2018 (según corresponda) expedidas por la Defensoría del Pueblo*”. Por otra, en el contrato N° DP-4456 de 13 de diciembre de 2019 celebrado entre la señora Johana Caviedes Pabón y la Defensoría del Pueblo, en el numeral 15 de las consideraciones se dejó la



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

siguiente anotación expresa: “15. Que el contratista presentó oferta de servicios la cual hace parte integral del presente contrato”. Probanzas que para la Sala corroboran la conducta de intervención negocial por parte de la accionada.

Así las cosas, como las tratativas previas a la celebración acontecen con anterioridad a la suscripción efectiva del negocio jurídico -13 de diciembre de 2019-, es claro que sí quedaron incluidas dentro del período inhabilitante, que corrió entre los meses de noviembre de los años 2019 y 2020.

En este punto, emerge el factor objetivo de la conducta inhabilitante, que se recuerda, conforme a las voces del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 está estructurado bajo la premisa de “haya intervenido en la celebración del contrato con **entidades públicas**”.

La calidad de tal es predicable de la Defensoría del Pueblo, precisamente a partir de las normas que la regulan, mismas que fueron citadas por los sujetos procesales, a saber: los artículos 113³⁶, 118³⁷ y 281³⁸ de la Constitución Política; el artículo 38³⁹ de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 25 de 2014⁴⁰.

³⁶ “**Artículo 113.** Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”.

³⁷ “**Artículo 119.** El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”.

³⁸ “**Artículo 281.** El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo institucional de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.”.

³⁹ “**Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Finalmente, aunque para efectos de la intervención de la celebración de contrato, la norma prevista para el personero no incluye en su texto como elemento o factor espacial, que el negocio deba ejecutarse o cumplirse el contrato en el municipio respectivo. Lo cierto es que en este caso, el contrato DN-4456-2019, en su cláusula cuarta, estipuló:

“Lugar de ejecución: el contratista se obliga a prestar sus servicios profesionales en el circuito de Aguachica de la Defensoría del Pueblo Regional Cesar, sin perjuicio que por necesidades del servicio, excepcionalmente, deba cumplir con las obligaciones contractuales en otro circuito de la misma u otra regional. PARÁGRAFO: Para todos los efectos legales del presente contrato, el CONTRATISTA declara que tiene su domicilio en el CIRCUITO JUDICIAL del lugar de ejecución del presente contrato”.

En este punto, la Sala llama la atención en un aspecto que puso en aviso el Ministerio Público y del que tiempo después hizo eco el accionante Fredy José Martínez Jiménez⁴¹, al plantear una supuesta contradicción jurisprudencial con mérito para unificar, consistente en que en la sentencia proferida por la Sala el 15 de diciembre de 2021, dentro del radicado 20001-23-33-000-2020-00418-03, se había indicado que la celebración del contrato en la figura de la contratante debía ser con una entidad pública, cuando en realidad esta inhabilidad está circunscrita a que el sujeto contractual sea una entidad del sector central o descentralizado de cualquier nivel.

Sea lo primero indicar que como ya ha tenido conocimiento la Sección Quinta, la jurisprudencia en la que se apoye una decisión, debe existir y tener vigencia al momento de presentarse la demanda, comoquiera que han sido variadas las decisiones de los jueces de amparo, en que por vía de tutela así lo han dejado claro y explícito. Pues bien, ha de recordarse que las demandas acumuladas fueron presentadas el 26 de enero de 2021 (radicado 00009), 18 de enero de 2021 (radicado 00007) y 12 de enero de 2021 (radicado 00001), mientras el citado fallo

Parágrafo 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2o. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

⁴⁰ “Por el cual se modifica la estructura orgánica y se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo”.

⁴¹ Véase memorial de 5 de julio de 2022.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

se profirió en diciembre de 2021, es decir casi un año después, razón por la cual no podría ser empleado como antecedente jurisprudencial.

Sin perjuicio de lo anterior, valga recordar que el supuesto fáctico que se ventiló en esa oportunidad se afincó en la celebración del contrato, es decir en una de las conductas constitutivas de la inhabilidad del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, que como se vio en consideraciones precedentes, tiene un campo espacial más reducido, al circunscribirse a que el negocio jurídico se suscriba con entidades del sector central o descentralizado, lo que por ende, excluye a la Defensoría del Pueblo, como ha sido la concepción jurisprudencial pacífica de la Sala. Por lo que el aparte que la agente fiscal cita es apenas una remembranza general y de paso frente a las conductas que contiene la causal citada, en el fallo (2020-00418-03), se invocó jurisprudencia⁴² de antaño, en la que se lee:

“La prohibición de esta norma para quien pretende inscribirse como candidato a ser elegido Personero, encierra tres aspectos: uno temporal referido al período inhabilitante de 12 meses anteriores a la elección; otro material que atañe a que en el lapso no haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o el de terceros, o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector central o descentralizado; y el tercero, que concierne a que los precitados contratos deben ejecutarse en el respectivo municipio”

Aunado a que el asunto se definió solo dentro de los campos de la inhabilidad de la celebración del contrato, que como se vio párrafos atrás tiene unos alcances en su estructura de algunos factores o presupuestos que lo distinguen del impeditivo de la intervención en la celebración.

Dentro de ese contexto, se reitera que el asunto que en esta oportunidad conoce la Sala por vía de apelación, está circunscrito al marco del fallo enfrentado a los recursos de alzada. En ese aspecto, es ineluctable que la discusión traída al *ad quem* se apartó de la inhabilidad por la celebración del contrato, para quedarse y dedicarse a la intervención, que como ya se analizó es la otra arista de la inhabilidad, que resulta escindida y autónoma de aquella. En consecuencia, por la materia que se juzga en esta oportunidad en vía de la apelación, tampoco sería viable que sirviera de referente o antecedente para la discusión del tema a decidir.

Igual predicamento acontece con el antecedente de la Sala 15001-23-33-000-2016-00119-03⁴³ cuyo fallo si bien fue proferido en época pretérita, a saber, el 18

⁴² “Providencia de 14 de febrero de 2013, radicado N° 68001-23-31-000-2012-00115-01. M.P. Susana Buitrago Valencia”.

⁴³ M.P. Alberto Yepes Barreiro. Las consideraciones que se transcriben a continuación dan cuenta del análisis realizado por la Sala, desde la perspectiva de la celebración de un contrato: “De



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

de mayo de 2017, está encauzado en el tema a decidir que la parte apelante puso en conocimiento de la Sala en esa oportunidad, esto es la inhabilidad por celebración del contrato en el caso de la causal del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En ambos antecedentes se indicó que para efectos de la causal impeditiva por celebración del negocio jurídico, cuando la entidad estatal es la Defensoría del Pueblo, la inhabilidad por contrato no encuadraría en cuanto al elemento de la contratante estatal que requiere la norma en cita. Esto por cuanto es del orden nacional y, por ende, no cumple los estándares de pertenecer al sector central o descentralizado del nivel administrativo, como lo exige la inhabilidad por celebración prevista en la norma citada. En este punto, ha sido pacífica la posición de que cuando uno de los presupuestos de la causal no se cumple, cae de su base el impeditivo, comoquiera que son elementos concurrentes y constitutivos del mismo.

Es más, recuérdese que el Consejo de Estado en el auto de 16 de septiembre de 2021, con el que revocó el decreto de la medida de suspensión provisional dictado por el Tribunal *a quo* en el vocativo de la referencia y, luego, en la decisión de 14

*acuerdo con el Tribunal y la parte demandante, el elemento objetivo de la inhabilidad se configuró debido a que se demostró que el señor... celebró el contrato de prestación de servicios No. DP-2584-2015 con la Defensoría del Pueblo.// Sin embargo, el apoderado del demandado sostuvo que el elemento objetivo de la inhabilidad no se materializó debido a que ésta no puede cobijar los contratos celebrados con entidades del orden nacional, como la Defensoría del Pueblo. En tal sentido, adujo que la inhabilidad contenida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en atención a su teleología, sólo puede comprender los contratos celebrados con entidades del orden municipal, para lo cual invocó el precedente contenido en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2013, expediente 2012-00048-01.// La Sala considera que la interpretación realizada por el demandado respecto de esta inhabilidad desconoce su literalidad, toda vez que la norma en comento impide que pueda ser elegido a quien "[d]urante el año anterior a su elección, (...) haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza **con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo** que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio" (subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original), sin que el Legislador la haya restringido de manera expresa a aquéllos suscritos con entidades del orden municipal.// Lo anterior resulta coherente con el elemento espacial de la inhabilidad, según el cual, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, lo relevante es el lugar de ejecución del contrato. Así mismo, el precedente invocado por el apoderado del demandado en el recurso de apelación para defender su interpretación de la inhabilidad en comento no es vinculante, dado que en ningún momento se sostuvo que su materialización se restringe a los contratos celebrados con entidades del orden municipal.*

En efecto, en la sentencia de 23 de septiembre de 2013 [nulidad electoral. Exp. 41001233300020210004801. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez] la Sección concluyó que no se demostró la configuración de la inhabilidad establecida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 porque no se demostró que el demandado hubiera suscrito contrato alguno con la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con las anteriores razones es infundada la interpretación de la inhabilidad realizada por el apoderado del demandado, por lo que Sala encuentra demostrado el elemento objetivo."



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

de octubre siguiente, que negó la aclaración y la adición, dejó claro nuevamente que son los recurrentes en apelación, quienes circunscriben y limitan el tema a decidir.

De tal suerte que si solo hicieron referencia al tema de la celebración del contrato con la Defensoría, mal podía en ese momento procesal abarcar la inhabilidad en su texto integral con las dos causales. Tal límite del recurrente dio pie para que la Sala revocara la cautelar (auto de 16 de septiembre de 2021), en el entendido que cuando se trate de esta precisa modalidad de inhabilidad, la Defensoría del Pueblo, como entidad contratante, no hace parte integrante del sector central o descentralizado, de ahí que no se reuniera uno de los factores constitutivos de dicha inhabilidad.

Ese es el entendimiento que se la ha dado a la causal de celebración del contrato cuando se tiene como entidad estatal contratante a la Defensoría del Pueblo, precisamente porque el legislador la limitó a que en ese rol esté un organismo del sector central o descentralizado del nivel administrativo. En ese caso, mal podría indicarse que el elegido había incurrido en ese tipo inhabilitante.

Corolario, es que el planteamiento del Ministerio Público, seguido por la parte actora en materia de posición jurisprudencial sobre la celebración del contrato, se aparta del tema de la intervención en la celebración del contrato que la Sección Quinta debe juzgar por ser la materia judicializada dentro de la decisión adoptada por el *a quo* y con la apelación.

Se itera, no resulta de recibo adentrarse en el campo de la inhabilidad por la celebración del contrato y continuar con esta discusión alrededor de si se cumplieron o no los parámetros de esta, cuando el espectro de juzgamiento es otro: el de la intervención.

Se retoma, entonces, el tema de la alzada, como en efecto lo es la inhabilidad en la faceta de intervención por celebración de contrato, a fin de dar solución al asunto judicializado.

Al efecto, resulta necesario, para no desoír a los sujetos procesales, analizar los restantes argumentos de la alzada, en los que manifiestan estar en desacuerdo con el fallo y que se evaluarán conforme a los siguientes ejes temáticos:



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

2.5.2.1. Inaplicabilidad de la inhabilidad a aquellos negocios en virtud de los cuales la administración ofrece en igualdad de condiciones⁴⁴ a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales

Arguyeron la parte accionada y el concejo municipal que el contrato suscrito por la señora Caviedes Pabón tuvo en su objeto la prestación de un servicio de defensoría pública, promoción y defensa de los derechos humanos. De esta premisa, deriva que la inhabilidad no es aplicable porque corresponde a un contrato cuyo objeto recae sobre bien o servicio que la administración ofrece en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos.

Se apoyó en las sentencias C-393 de 2019 y C-618 de 1997, en las que la Corte Constitucional se refirió a la inhabilidad del literal g), del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Vista la primera de las sentencias citadas, encuentra la Sala que una de las intervinientes, concretamente la Universidad Industrial de Santander pidió condicionar la exequibilidad de la disposición demandada, entre otros, en extender al cargo de personero, el condicionamiento que la Corte hizo para las inhabilidades de los alcaldes en la sentencia C-618 de 1997, a fin de que no operara en aquellos contratos que la administración ofrece en igualdad de condiciones, como sucede con la prestación de servicios públicos.

A lo cual la Corte le indicó lo siguiente:

“...las inhabilidades deben ser interpretadas restrictivamente, en atención a las finalidades que persiguen. En este sentido, comparte el criterio expresado en la Sentencia C-618 de 1997 en el sentido de que inhabilidades como la prevista en la disposición demandada [hace referencia al literal g) del art. 174 de la ley 136 de 1996] no se aplican “a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable””⁴⁵. (Subrayas de la Sección Quinta).

⁴⁴ La parte accionada glosó que el *a quo* no hizo consideración alguna al respecto en el fallo, cuando en realidad ese argumento se propuso en la contestación de la demanda, como en efecto se corroboró.

⁴⁵ “Es necesario aclarar que la Sentencia C-618 de 1997 no es un precedente directamente aplicable a efectos de analizar la proporcionalidad de la disposición demandada. Existen claras diferencias fácticas y jurídicas sustanciales entre los personeros y alcaldes que impiden extender la *ratio decidendi* de la Sentencia C-618 de 1997 a este caso. Primero, el régimen de inhabilidades aplicable a personeros y alcaldes es diferente. El literal (a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 establece que no podrá ser elegido como personero municipal quien “esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal en lo que le sea aplicable” (subrayado fuera



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

En este punto, la Sala Electoral encuentra que en cuanto al contrato que la accionada celebró con la Defensoría del Pueblo no encuadra dentro de lo indicado en la modulación de la Corte Constitucional.

Al efecto, nótese que de lo que se hace referencia es “a aquellos contratos por medio de los cuales **la administración ofrece**, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio” y se pone como referente los contratos de prestación de servicios públicos.

El parámetro que se emplea para determinar los supuestos que acompañan a ese tipo de contratos, parten de que el objeto del contrato recaiga sobre servicios o bienes en igualdad de condiciones. En este caso, el contrato de prestación de servicios profesionales tuvo una relación directa entidad pública (Defensoría) contratista (accionada). Así que no se trata de que todos los contratistas estatales por el solo hecho de que el objeto del contrato que celebran vaya a incidir en los intereses generales incluso para prestar un servicio público gratuito queden encuadrados dentro de la exoneración.

De lo que se trata es que el contrato que se excluye por ser de aquellos que se ofrece un bien o servicio, es aquel que el candidato contrata en igualdad de condiciones como lo haría cualquier otro administrado, como acontece precisamente cuando aquel requiere de algún servicio público que el aspirante tenga que contratar.

En el caso concreto, el objeto del contrato celebrado con la Defensoría del Pueblo no conlleva que la accionada (contratista) esté recibiendo un bien o servicio del Estado, pues lo que hace es poner sus capacidades y conocimientos profesionales en derecho en beneficio de un fin estatal.

Ello no ha sido un tema desconocido para el Consejo de Estado, como se advierte del antecedente de la Sala Plena Contencioso Administrativa, en el que, si bien se trataba del caso de un congresista, el trasfondo del asunto frente a cómo desligar del hecho constitutivo exonerante al propósito del interés general en el que

del texto). En la Sentencia C-767 de 1998 la Corte señaló que en razón a las diferencias entre los alcaldes y personeros “*debe entenderse que sólo se extienden al personero aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria*” (C-767 de 1998). Segundo, existen otras circunstancias relevantes que permiten diferenciar a los alcaldes y personeros: (i) los alcaldes y personeros tienen funciones constitucionales y legales diferentes. A diferencia del personero, el alcalde no ejerce función de Ministerio Público; (ii) los alcaldes son elegidos popularmente, por lo tanto, las inhabilidades dispuestas para este cargo no solo restringen el acceso a cargos públicos sino también otros derechos políticos; (iii) precisamente como los alcaldes son elegidos popularmente y no por los Concejos Municipales, los riesgos de que el contratista que aspira a ser alcalde incidan en su elección por su anterior vinculación con el municipio, son diferentes.”



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

redunda el contrato, resulta ilustrativo, por lo menos desde su concepción general de cómo dar alcance a esta clase de objetos negociales.

En efecto, el accionado a propósito de lo que él consideró no lo dejaba estar incurso en la intervención en la celebración del contrato, consistente en que el bien se ofrecía en igualdad de condiciones a todos las personas, no fue de recibo para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁴⁶. Se indicó:

“...Aseveró [se refiere al accionado] que la excepción prevista en tal norma [alude a la justificación que enerva el impedimento negocial] debía ser interpretada en el sentido de que los bienes que se ofrecen en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos son los bienes de fácil acceso para cualquier ciudadano en cualquier situación...

Al respecto cabe señalar que la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁷, al referirse a las incompatibilidades de los congresistas señaló que:

«[...] 2.3.1. El congresista no puede celebrar contrato con personas de derecho público del orden nacional, departamental o municipal, centralizado o descentralizado. **Tampoco hacer gestiones ante dichas personas para terceros ni en su propio interés salvo [...] para proveerse de los bienes o servicios que suministra u ofrece el Estado a cualquier ciudadano en igualdad de condiciones.** Para esos caso sería preciso aclarar que el congresista está obligado a someterse al procedimiento reglado y respetar las prioridades que puedan corresponderle a terceros [...] La prohibición anterior debe extenderse a la realización de contratos con y **la gestión ante personas de derecho privado que manejen fondos públicos, tales como, por ejemplo, contratistas del Estado, fundaciones o instituciones que reciben ayuda monetaria de presupuestos oficiales, administradores fiduciarios en contrato con cualquiera de las personas de derecho público** enumeradas en el punto 2.3.1. supra, etc [...]»

Tal excepción, en consecuencia, debería ser entendida como la adquisición de bienes o servicios que el Estado ofrece a los ciudadanos en igualdad de condiciones, tal y como fue concebida por la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual coincide con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, que establece que no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores de aquella ley, cuando **las personas que contraten** lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el estatuto general de contratación estatal ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

De esta manera, se puede colegir que los ladrillos, por ser bienes que proveen, por regla general, los particulares y no el Estado –o contratistas del Estado– en condiciones de igualdad a los ciudadanos, además de estar

⁴⁶ Sentencia de 25 de mayo de 2021. Pérdida de investidura. Exp. 11001031500020200077301. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴⁷ Gaceta Constitucional Núm. 51 de 16 de abril de 1991.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

sujetos a las reglas de mercado, no están incluidos dentro de la excepción prevista en la parte final del numeral 4° del artículo 180 de la Constitución Política y, por lo tanto, **no se enerva la configuración de la incompatibilidad atribuida al congresista acusado, la cual podría presentarse, a manera de ejemplo, cuando se realizan reclamaciones frente a concesionarios de servicios públicos.**

Adicionalmente a lo expuesto, se debe tener en cuenta lo señalado por el agente del Ministerio Público que intervino en esta instancia, reflexiones que comparte la Sala y que son del siguiente tenor:

«[...] Es de manifestar que no se requiere de un exhaustivo examen para llegar a la conclusión de que el bien mueble “ladrillo” es artículo de consumo general y, como tal, de adquisición, en igualdad de condiciones, por el público en general, **pero como la controversia giró en torno a una conducta no permitida por la ley a quien fungiendo como congresista y a sabiendas del destino público que le deparaba a dicho material en la construcción de las obras de Gaula y del Sipol en la ciudad de Arauca, se le imponía el comportamiento específico de no gestionar dicho negocio, QUE NO DE ADQUIRIR, como lo plantea confusamente el escrito de alzada, del que, además de lo anterior, obtuvo un beneficio económico.**

Es claro que la conducta enjuiciada en este proceso, la de poner en contacto al contratista y al proveedor, así como recibir el pago de una parte del valor anticipado por el contratista, así fuere como pago de una vieja deuda del proveedor con el Congresista, no corresponden *stricto sensu* a la excepción contenida en el numeral 4° del artículo 180 de la Constitución Política, en la medida en que **no se trataba simplemente de la adquisición de unos ladrillos, como lo pudiese hacer cualquier otro ciudadano en igualdad de condiciones, es decir para su propia disposición o uso, sino que allí estaba mediada la gestión por la adquisición con destino a un contratista del Estado, para la ejecución de un contrato de obra pública, luego entonces no podría aducirse que el supuesto fáctico corresponde a los elementos de la excepción».**

Es innegable para la Sala Electoral el propósito constitucional de la defensoría pública, los considerandos del contrato DN-4456-2019 de 13 de diciembre de 2019 así lo demuestran. Se hace referencia a la invocación que hace el contrato, a saber: el artículo 282.4 de la Constitución Política; los artículos 21 y 22 de la Ley 24 de 1992; 1, 13, 26 y el capítulo I del Título III de la Ley 941 de 2005; Leyes 975 de 2005, 1098 de 2006, 1257 de 2008, 1448 de 2011, 1719 de 2014 y 1761 de 2015; el Decreto 1069 de 2014 (reglamentario de la Ley 985 de 2005); y el artículo 5 del Decreto 025 de 2014. Así también, se corrobora con el documento titulado “*estudio previo de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión*” que reposa en el expediente, en el que se indica:

“...se estableció la implementación y consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública mediante Acto Legislativo N° 03 de 2002, que posteriormente fue organizado con la expedición de la Ley 941 del año 2005,



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

que tiene como propósito proveer el acceso de las personas a la administración de justicia en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales y cuyas disposiciones se erigen sobre un cúmulo de principios que corresponden a la igualdad, derecho de defensa, oportunidad, gratuidad, calidad, responsabilidad y selección objetiva...”.

Pero así mismo, se lee que la Defensoría del Pueblo identificó la necesidad de contratar profesionales del derecho, para que en calidad de defensores públicos garanticen la prestación de servicios de abogado para la representación judicial o extrajudicial de los usuarios del servicio nacional de defensoría pública y la promoción, defensa, ejercicio y divulgación de los derechos humanos.

De tal suerte que el fin último de la prestación del servicio de defensoría pública está a cargo legal y constitucionalmente del Estado, en este caso en cabeza de la Defensoría del Pueblo⁴⁸. Es esta entidad la que presta y brinda el servicio a la comunidad en igualdad de condiciones, pero no son los profesionales los oferentes a la comunidad del bien o servicio, comoquiera ellos son a quienes contrata⁴⁹ la entidad para tal efecto. En ese esquema, los contratistas de la

⁴⁸ El artículo 21 de la Ley 24 de 1992, consagra: “La Defensoría Pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública.

En el cumplimiento de esta función, el Director Nacional de la Defensoría Pública se ceñirá a los criterios que establezca el Defensor del Pueblo, mediante reglamento.

En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente se podrá proveer en materia laboral, civil y contencioso-administrativa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el inciso 1o. de este artículo.

En materia civil, el Defensor del Pueblo actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo recaer la designación preferentemente en un abogado que forme parte de las listas de Defensores Públicos que elaborará la Dirección de Defensorías Públicas y remitirá a los Despachos Judiciales, conforme a reglamentación que expedirá el Defensor del Pueblo.

En los asuntos laborales y contencioso administrativos, los Defensores Públicos tendrán la calidad de representantes judiciales o apoderados y para ello requerirán otorgamiento de poder por parte del interesado.”.

⁴⁹ Conforme al artículo 22 de la Ley 24 de 1992.

“La Defensoría Pública se prestará:

1. Por los abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad.
2. Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos.
3. Por los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, pertenecientes a los consultorios jurídicos, quienes podrán intervenir bajo la supervisión y orientación académica de sus Directores y con la coordinación de la Dirección de Defensoría Pública, en los procesos y actuaciones penales, civiles y laborales, dentro de las condiciones previstas en el estatuto de la profesión de abogado.
4. Por los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como Defensor Público durante nueve (9) meses como



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

entidad ejecutan y desarrollan el objeto contractual, pero a partir del vínculo comercial a cambio de una remuneración (interés propio) que acordaron con la entidad prestadora del servicio de defensoría pública.

Tales consideraciones se corroboran del clausulado del contrato en los que las obligaciones específicas del contratista son todas y cada una propias del tráfico laboral de la abogacía (véase cláusula 6.2.1. del contrato), a cambio de un pago de dinero por servicios prestados (véase cláusulas novena y décima *ejusdem*).

En consecuencia, la Sala no encuentra que el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado que la accionada celebró con la Defensoría del Pueblo, encuadre en el neutralizador de la inhabilidad, en concreto, en los negocios en los que el Estado ofrece un bien o servicio en igualdad de condiciones a todo usuario, por lo menos, no en los términos en los que se le da alcance para justificar la inhabilidad en materia de intervención en la celebración de contratos.

2.5.2.2. Inexistencia de conflicto de intereses en el caso de la personería frente a la Defensoría del Pueblo.

El concejo municipal y la accionada expusieron que la inhabilidad en análisis busca evitar que el personero se vea incurso en circunstancias que, objetiva y presumiblemente, tengan la virtualidad de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar el cumplimiento de sus funciones de vigilancia administrativa.

El cabildo agregó:

“En el presente caso no se presenta el conflicto entre los intereses particulares y públicos pues el contrato que suscribió fue con la defensoría pública entidad que no es supervisada ni vigilada por la personería municipal pues en virtud del artículo 1° del Decreto 25 de 2014, la Defensoría del Pueblo es un organismo que forma parte del Ministerio Público, tiene autonomía administrativa y presupuestal y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación”.

requisito para optar al título de abogado y de acuerdo con las condiciones previstas en el Estatuto de la Profesión de Abogado.

Para los efectos anteriores y todos los de ley, homológase el desempeño como Defensor Público al del servicio jurídico voluntario de que trata el Decreto extraordinario 1862 de 1989, dentro de las condiciones que determine el reglamento expedido por el Defensor del Pueblo.

El Director Nacional de Defensoría Pública certificará sobre el cumplimiento del servicio.

Parágrafo. El Defensor del Pueblo podrá celebrar convenios con las universidades o facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, a fin de que ellas presten el apoyo académico y logístico necesario a los Defensores Públicos que sean seleccionados o aceptados por la Defensoría Pública, a la que corresponde la coordinación y la supervisión operativa del cumplimiento de los convenios.



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

Observa la Sala que este argumento también se focaliza en la inhabilidad por celebración del contrato. Ello marca una diferencia con el contexto de la circunstancia de inhabilidad por intervención, que se reitera es de espectro más amplio que aquella.

Por otra parte, el planteamiento del apelante está ubicado en una de las causas para haber previsto esa clase de inhabilidad. Pero deja de lado que la génesis del impedimento se basa en un propósito bífido, comoquiera que no solo se analiza la arista de si las funciones del cargo entrarían en tensión con las de la entidad con la cual contrató, sino que en pie de igualdad de importancia, también busca bloquear la ventaja que se puede presentar por parte del aspirante que ha desarrollado cercanía con la administración a partir de su desempeño como contratista de la misma.

De tal suerte, que no solamente la confusión o conflicto de intereses se busca neutralizar con esta causal de inhabilidad y esa es la razón de la Sala para entender que aunque pueda ponerse en entredicho la labor de la personería frente al actuar de la Defensoría del Pueblo, perviva el segundo propósito de la inhabilidad que recae sobre el ambiente igualitario de quienes se postulan para el cargo. No debe pasarse por alto que en materia de aspiración a ocupar empleos públicos, quien se presente con la impronta de haber desplegado negociaciones con entidades del sector estatal, como aconteció en este caso, tendrá la posibilidad de aventajar a aquel que no ha tenido ese desenvolvimiento precontractual o contractual y de ahí la voluntad del legislador de proscribir tales conductas.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra acreditados todos los requisitos o factores constitutivos de la causal de inhabilidad de intervención en la celebración del contrato en cabeza de la accionada y no encuentra que los argumentos de las alzadas tengan el alcance para revocar o modificar el fallo del Tribunal, razones por las cuales será confirmado.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 10 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se declaró la nulidad del acto de elección de la señora Johana Caviedes Pabón, en calidad de Personera de Aguachica (Cesar).



Radicados: 20001233300020210000102, 00007 y 00009 Acum
Demandantes: Carlos Uribe, Fredy Martínez y Octavio Guerra
Demandada: Johana Caviedes Pabón (Personera de Aguachica)

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>".