



TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SECCIÓN C

Barranquilla, veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicado	08-001-23-33-000-2019-00845-00
Medio de control o Acción	ELECTORAL
Instancia	PRIMERA
Demandante	CARLOS JULIO GARCÍA BARRAZA
Demandado	DAVID RICARDO FÁBREGAS ARAUJO
Magistrado Ponente	JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda electoral contra el acto administrativo contenido en el Formulario E-26 expedido el 08 de noviembre de 2019, por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Malambo-Atlántico, a través del cual se declaró elegido el señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal de ese municipio, para el periodo 2020-2023 y, la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

II.- ANTECEDENTES

La Demanda

El ciudadano Carlos Julio García Barraza, actuando en nombre propio, el 16 de diciembre de 2019, presentó demanda bajo el medio de control de Nulidad Electoral solicitando que se declare la nulidad parcial del Formulario E-26 expedido el 08 de noviembre de 2019, por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Malambo-Atlántico, a través del cual se declaró elegido el señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal de ese municipio, para el periodo 2020-2023 y consecuentemente se cancele la credencial respectiva.

La parte actora sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan así:



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

Narra el accionante que el señor David Ricardo Fábregas Araujo fue inscrito ante el Registrador Municipal del Estado Civil del municipio de Malambo-Atlántico, como candidato al concejo de ese municipio, avalado por el partido de Unidad Nacional, Partido de la U, para los comicios electorales celebrados el 27 de octubre de 2019.

Narra que el día 08 de noviembre de 2019, los miembros de la comisión escrutadora municipal declararon electo al demandado como concejal del municipio de Malambo-Atlántico.

Narra que durante los escrutinios tomaba fuerza los rumores de otros candidatos sobre la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en que incurrió el demandado, habiendo suscrito contrato directo con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social- Fondo de Inversión para la Paz, denominado contrato de prestación de servicios profesionales No. 068-FIP de 2018, dentro del año anterior a la fecha de la elección.

Narra que mediante memorando No. M-2018-4401-000561 del 09 de mayo de 2018, el director de infraestructura Social y Hábitat solicitó la modificación del anterior contrato, para lo cual se suscribió el OTROSÍ No. 1 mediante el cual se modificó el lugar de ejecución de dicho contrato, cambiándose de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Barranquilla, Distrito Capital del Departamento del Atlántico, de donde es oriundo el contratista.

Narra que la inhabilidad se predica por haber celebrado el contrato No. 069-FIP, sin descartar la celebración de un nuevo contrato, el cual puede estar vigente, dado que las condiciones del contrato fueron ejecutadas solo hasta el 28 de diciembre de 2018 y continuó trabajando con la misma entidad dentro del mismo mes de la inscripción y posterior elección.

III. Solicitud de suspensión provisional

El demandante en el mismo escrito de la demanda, solicitó la suspensión provisional del acto declaratorio de la elección del señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal del municipio de Malambo-Atlántico, para el periodo 2020-2023, al incurrir



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto del 18 de diciembre de 2019¹, el Ponente dispuso comunicar al demandado, al Presidente del Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público, la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor David Ricardo Fábregas Araujo, quienes intervinieron en el siguiente orden:

El demandado

En memorial del 15 de enero de 2020², la parte demandada, a través de apoderado judicial, indicó que en el caso bajo examen el contrato No. 068 FIP de 2018, se celebró el 18 de enero de 2018 y que el otrosí del mismo fue suscrito por ambas partes el 14 de junio de 2018, esto es, antes del año que antecedió a las elecciones acaecidas el 27 de octubre de 2019.

Sostiene además que el otrosí, hace parte del contrato principal, sin constituir uno nuevo, y que el lugar de ejecución del mismo, no corresponde al del municipio donde resultó electo, sino al de Barranquilla, sin que sea dable confundir a esta entidad territorial con el concepto de área metropolitana, como equivocadamente hace el demandante.

Consejo Nacional Electoral

Mediante escrito del 16 de enero de 2020, el apoderado judicial del ente demandado, recorrió el traslado de la medida cautelar, manifestando que el formulario E-26 es un acto administrativo que cuenta con un fundamento normativo que actualmente goza de plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico por lo

¹ Folios 41-42

² Folios 54-60



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

que “cualquier consideración más allá de dicha realidad, no pasa de ser meras apreciaciones subjetivas, que, a lo sumo, merecen ser analizadas y zanjadas en un fallo definitivo o de fondo por parte del operado judicial, previo el trámite procesal correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011”.

IV. CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, debiendo conocer de este proceso en primera instancia, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 152 de la misma norma, en atención a que el municipio de Malambo-Atlántico, tiene una población de 128.203³

Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar: i) si la demanda cumple con los requisitos formales para ser admitida y, ii) si se encuentran acreditados los presupuestos para decretar la suspensión provisional del Formularios E26 expedido el 08 de noviembre de 2019, por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Malambo-Atlántico, a través del cual se declaró elegido el señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal de ese municipio, para el periodo 2020-2023.

Tesis

La Sala sostendrá la tesis que la demanda cumple con los requisitos formales para su admisión, y negará la solicitud de suspensión provisional de los Formulario E26 CON mediante el cual se declaró elegido al señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal del municipio de Malambo-Atlántico, para el periodo 2020-2023, por las razones que pasan a exponerse.

³ <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Sobre la admisión de la demanda

Revisada la demanda, encuentra la Sala que se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 a 169 de la Ley 1437 de 2011, en razón a que: i) están debidamente designadas las partes; ii) las pretensiones están debidamente individualizadas; iii) se narran los hechos en que se fundamenta; iv) se identificaron las normas que se consideran violadas; se desarrolló el concepto de la violación y se explicó por qué, según criterio del demandante, debe declararse la nulidad del acto administrativo que declaró la elección del señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal del municipio de Malambo-Atlántico, por presuntamente infringir el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por consiguiente, fundamenta su demanda en la causal de anulación electoral prevista en el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011; v) con la demanda se anexaron las pruebas; vi) se suministraron las direcciones para las notificaciones personales de las partes; vii) obra en el expediente el formulario E-26 expedido el 08 de noviembre de 2019, por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Malambo-Atlántico, a través del cual se declaró elegido el señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal de ese municipio, para el periodo 2020-2023 y, viii) teniendo en cuenta que la demanda se presentó el día 16 de diciembre de 2019, se hizo dentro del término previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, por ende se concluye que la demanda debe admitirse.

Sobre la suspensión provisional de los efectos del acto demandado

El inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, dispone que en el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, se resolverá en el mismo auto admisorio, siendo proferido por el juez, la sala o sección.

Respecto al trámite que debe surtir la solicitud de la medida cautelar, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado, que dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3º del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

La referida Corporación ha sostenido que “a partir de las normas citadas, se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda”.⁴

De igual manera, en providencia del 30 de agosto de 2018, expresó⁵:

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

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

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas

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

⁵ Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00008-00



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.”

Análisis de la suspensión provisional deprecada

La parte demandante sustentó la procedencia de la medida cautelar en el hecho de que el acto de elección del señor David Ricardo Fábregas Araujo , infringe, presuntamente, el 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, situación que impondría la suspensión provisional de los efectos de dicho acto.

Marco jurídico de las inhabilidades para ser Concejal

La Sección Quinta del Consejo de Estado ha reconocido que “el proceso de nulidad electoral tiene como principal objetivo salvaguardar la legalidad de los actos de elección frente a los eventos taxativos que señala la ley⁶, que pueden guardar relación con el proceso de elección mismo o con las calidades que debe reunir el funcionario nombrado o electo”⁷.

En ese sentido, ha sostenido que dentro de las exigencias negativas predicables del servidor designado se encuentran las que versan sobre el régimen de inhabilidades del cargo ocupado o a ocupar.

La Corte Constitucional ha señalado que las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público... y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.⁸

Claramente, se trata de exigencias que limitan o condicionan la garantía constitucional de acceso a cargos públicos por motivos inspirados en el bien común y el interés general.

Bajo esa óptica, nuestro órgano de cierre ha establecido que “esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga

⁶ Entendida en su más amplia acepción, esto es, como norma jurídica.

⁷ Sentencia del 10 de marzo de 2016; C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; radicado No. 54001-23-31-000-2012-00001-03; actor: Santiago Liñan Nariño, demandado: Don Amaris Ramírez París Lobo

⁸ Sentencia C-903 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

se oriente por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía⁹.”

Dentro de estas limitantes, encontramos aquellas que se predicán para ser electo concejal de un municipio o distrito, las cuales se encuentran normativamente establecidas en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

Causal invocada por el demandante

La parte actora consideró que el señor David Ricardo Fábregas Araujo se encuentra inhabilitado para ser concejal del municipio de Malambo-Atlántico, por la causal 3ª del artículo 43 de la ley antes mencionada, esto es, “quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito”, toda vez que el demandado celebró dos (02) contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, dentro del año anterior a las elecciones, cuya ejecución se hizo en el mismo municipio donde resultó electo.

Sobre esta causal de inhabilidad, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que “su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos¹⁰”

⁹ Ibídem

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 19 de febrero de 2000. Rad. 2007-00700



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

La jurisprudencia de la Sección Quinta ha definido la intervención en la celebración de contratos, así:

“La intervención en la celebración de contratos implica la ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato o en la celebración o suscripción del mismo.

(...) se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado¹¹.”

En otras de las providencias de la Sección en mención, se ha entendido por intervención en la celebración de contratos *“aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular¹². De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa¹³.”*

La referida Corporación, en providencia del veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), proferida dentro del proceso número: 15001-23-31-000-2011-00650-01, señaló que la inhabilidad con ocasión a la intervención o por la celebración efectiva del contrato estatal implica:

“1) La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal – operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero.

No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

2) Además, que el respectivo acuerdo de voluntades se ejecute en el territorio del municipio o distrito.

Ello por cuanto la causal de inhabilidad que se comenta busca enervar los efectos que la ejecución de un contrato estatal genera en los electores, quienes asocian los beneficios del bien o servicio que por virtud del acuerdo de

¹¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Rad. 2007-01129.

¹² Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

¹³ Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654.



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

voluntades se presta o se provee, con la persona que interviene en la celebración o con el contratista y,

3) Finalmente, que se dé dentro del término de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.”

La Alta Corporación en comento, al analizar esta misma causal de inhabilidad, pero para el caso de la elección de un alcalde, señaló los elementos o características que deben concurrir para estructurarse la misma¹⁴:

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

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

De acuerdo con la jurisprudencia vigente hasta el momento, la cual constituye precedente¹⁵ para resolver esta situación, la conducta que materializa la inhabilidad objeto de estudio, es la de intervenir en la celebración de contratos, razón por la que se ha entendido que aquella se configura con la **celebración efectiva**¹⁶ del respectivo contrato estatal¹⁷ dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución o liquidación. Cosa distinta es, según los parámetros actuales, que tratándose de la ejecución se requiera, además, un elemento territorial.

En efecto, no basta con corroborar que se celebró un contrato, sino que además es menester que se compruebe que la ejecución o cumplimiento del mismo se realizó o debió ejecutarse en la respectiva circunscripción electoral en la cual el candidato resultó elegido, pues *“lo importante para esta inhabilidad es que el lugar de ejecución del contrato sea el mismo del de la elección, no interesa si se celebró en otro sitio”*¹⁸.

iii) Un **elemento subjetivo** relacionado con el interés propio o de terceros.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá, D.C., dos (02) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00394-01. Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Demandado: ANTONIO QUINTO GUERRA -ALCALDE DE CARTAGENA- PERÍODO 2016-2019

¹⁵ Según esta Sala de decisión, precedente *“...es la decisión, o el conjunto de decisiones, que sirve(n) de referente al juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la ratio decidendi constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido”*.

¹⁶ En este sentido la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia del 9 de julio de 2009 radicación 110010328000200600115-00 (acumulado), N° interno 4056 CP Susana Buitrago Valencia, determinó al estudiar la norma análoga prevista en la Constitución respecto la celebración de contratos que: *“La tipificación de la conducta que prohíbe el numeral 3 del artículo 179 superior exige para su configuración la existencia de los siguientes supuestos: 1) Sujeto pasivo de la prohibición: Candidato al Congreso (Senador - Representante a la Cámara). 2) Conducta: Celebración de contrato. 3) Naturaleza del contrato: La parte con quien el candidato celebra el contrato debe tener el carácter de entidad de naturaleza pública. 4) Móvil de la actuación prohibida: En interés propio o de un tercero. 5) Circunstancia de tiempo: Celebración dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección. 6) Circunstancia de lugar: Celebrado en la circunscripción en la que debe efectuarse la respectiva elección.”* (Negritas fuera de texto)

En el mismo sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 19 de enero de 2010 proferida en el marco de la pérdida de investidura de la entonces senadora Martha Lucía Ramírez radicado 11001-03-15-000-2009-00708-00 CP. Gerardo Arenas Monsalve determinó que para que la conducta prohibitiva de dicha inhabilidad era la *“Celebración”* de contratos con entidades públicas.

¹⁷ Es decir, en el que al menos una de las partes sea estatal.

¹⁸ Osorio Calderín, ob. Cit. Pág.159.



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros¹⁹.

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

(...)

Ahora bien, **la jurisprudencia del Consejo de Estado establece un precedente** claro en el sentido de que la conducta que materializa la prohibición es la celebración del contrato dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección, es decir, debe existir “celebración” de contratos la cual implica “*la concreción de la intervención en un vínculo comercial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo*”²⁰.

La existencia de un precedente implica que el operador judicial está vinculado por tales decisiones para resolver casos similares, comoquiera que se ha fijado una regla de derecho²¹ según la cual la conducta prohibida de la inhabilidad es la celebración de contratos, y por ello, bajo esa subregla de derecho deben examinarse los casos en los que esta prohibición se alegue. ”

De igual manera, en dicha providencia se estableció que en materia de nulidad electoral, los contratos adicionales, prórrogas u otrosí, constituyen nuevos contratos que pueden dar lugar a la inhabilidad en mención, para lo cual expresó:

“Para esta Sala de Decisión, conforme a las razones que se explicarán a continuación, con este documento se acredita, plenamente, que se concretó un negocio jurídico estatal suscrito entre el demandado y el Ministerio de Vivienda y que, por consiguiente, la inhabilidad endilgada sí se materializó. Veamos:

(i) Lo primero que debe precisarse es que el análisis del caso concreto se realiza, **única y exclusivamente desde la óptica de la finalidad de la inhabilidad**. En efecto, cuando se alegan aquellas prohibiciones que tienen que ver con la celebración o gestión de contratos, el juez electoral no las analiza desde la perspectiva contractual o del medio de control de controversias contractuales, sino desde la finalidad con la que el legislador estableció esa prohibición como limitación al derecho a elegir y ser elegido.

En consecuencia, el análisis de la etapa precontractual, contractual o pos contractual que se derive de la inhabilidad objeto de estudio se aborda desde el propósito del proceso electoral y no desde las teorías propias del contrato. Por ello, una cosa es examinar un contrato estatal cuando aquel hace parte de una inhabilidad, y otra muy distinta estudiarlo desde la perspectiva contractual; v.gr. En el medio de control previsto en el artículo 141 del CPACA.

¹⁹Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001032800020140005100. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de marzo de 2015, radicación 11001-03-15-000-2013-02690-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Lo anterior se explica porque, a diferencia de otros procesos, a través del proceso electoral lo que se busca es defender la legalidad de la elección, dando prevalencia a principios como la igualdad y la transparencia como pilares del sistema democrático.

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

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

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

(...)

Del análisis de lo anterior se extrae que, desde la perspectiva de las inhabilidades, la suscripción de un “*otro sí*” **sea cual sea su propósito** implica necesariamente la celebración de una convención, habida cuenta que ese instrumento también es un acto a través del cual una parte, se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

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

En este contexto, y exclusivamente, desde la óptica de las inhabilidades, **cualquier modificación al contrato**, independiente del nombre que las partes quieran darle, configura la inhabilidad de celebración de negocios, no solo porque en sentido estricto esos cambios también constituyen contrato, sino porque esa es la interpretación que desde la perspectiva de las inhabilidades debe acunarse.”

Caso concreto

Conforme se ha señalado, el actor solicitó la nulidad de los actos administrativos que declararon al señor David Ricardo Fábregas Araujo , como Concejal del municipio de Malambo - Atlántico.



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

Se fundamenta la demanda y la solicitud de suspensión provisional, en que el demandado celebró dos contratos estatales dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, cuya ejecución se realizó en el mismo municipio donde resultó electo.

A efectos de estudiar el cumplimiento de los requisitos para decretar la suspensión provisional, se consignarán las pruebas aportadas con la referida solicitud, así:

- El día 18 de enero de 2018, el señor David Ricardo Fábregas Araujo celebró con la representante del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social-Fondo de Inversión para la Paz, el contrato de prestación de servicios denominado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ "PROSPERIDAD SOCIAL-FIP" Y DAVID RICARDO FÁBREGAS ARAUJO No. 068 FIP DE 2018", cuyo objeto era "Apoyar técnicamente a la DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA SOCIAL Y HÁBITAT de PROSPERIDAD SOCIAL, en la gestión precontractual, contractual y postcontractual de los proyectos priorizados por la dependencia, en actividades relacionadas con la supervisión de contratos y convenios"; se estableció como valor del contrato la suma de \$90.310.220, con un plazo de ejecución hasta el 28 de diciembre de 2018 y dejándose consignado que el lugar de ejecución sería en la ciudad de Bogotá. (fls 25-36)

- El día 14 de junio de 2018, entre las partes antes mencionadas, se celebró un otrosí No. 1 al contrato antes señalado, mediante el cual se modificó la cláusula octava referente al lugar de ejecución del contrato, cambiándose por la ciudad de Barranquilla-Atlántico. (fls 37-38)

- Que el señor David Ricardo Fábregas Araujo fue declarado electo como concejal del municipio de Malambo-Atlántico, respecto a los comicios celebrados el 27 de octubre de 2019. (fls 13-24)

Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

Teniendo en cuenta los elementos que deben concurrir para estructurar la causal de inhabilidad en cuestión, para la Sala, de acuerdo con las pruebas antes



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

relacionadas, se encuentra acreditado que: i) el señor David Ricardo Fábregas Araujo, celebró dos contratos estatales con la representante legal del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social- Fondo de Inversión para la Paz; ii) que los contratos se celebraron el 18 de enero y 14 de junio de 2018, respectivamente; iii) que el lugar de ejecución del contrato No. 068 FIP de 2018, inicialmente se pactó en la ciudad de Bogotá y posteriormente, con el contrato u otrosí No. 1, se modificó el mismo, para ejecutarse en la ciudad de Barranquilla y, iv) que en virtud de tales contratos, obtuvo un provecho patrimonial por la suma de \$90.310.220.

Así las cosas, para la Sala, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud de suspensión provisional, no se evidencia hasta este momento, la vulneración de las normas que se señalan como violadas, esto es, el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, toda vez que tanto el contrato de prestación de servicios No. 068 FIP, como el otrosí No. 1, fueron celebrados antes del periodo inhabilitante, esto es, por fuera del periodo del 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019, ya que los mismos se suscribieron el 18 de enero y 14 de junio de 2018, respectivamente.

En cuanto al elemento territorial, la norma antes señalada, establece que el contrato debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio donde se realiza la elección, y en el presente caso, el primer contrato se debía ejecutar en la ciudad de Bogotá y el segundo en la ciudad de Barranquilla, no correspondiendo entonces la elección con el lugar de ejecución de los contratos arriba relacionados, razones por las cuales, se negará la solicitud de suspensión, como se dirá en la parte resolutive.

En razón y mérito de lo expuesto la Sección C del Tribunal Administrativo del Atlántico,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR para tramitar en primera instancia, la demanda de nulidad electoral presentada por el señor Carlos Julio García Barraza contra el formulario E26 expedido el 08 de noviembre de 2019, por los miembros de la comisión escrutadora municipal de Malambo-Atlántico, a través del cual se declaró elegido el señor David Ricardo Fábregas Araujo, como concejal de ese municipio, para el periodo 2020-2023.



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

SEGUNDO: Notifíquese personalmente esta providencia al demandado, esto es, al señor David Ricardo Fábregas Araujo , con sujeción a las reglas previstas en el artículo 277 del CPACA.

TERCERO: Notifíquese personalmente esta providencia al Consejo Nacional Electoral a través de su Presidente y al Registrador Nacional del Estado Civil como autoridades que adoptaron el acto y/o intervinieron en su adopción, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 ibídem.

CUARTO: Notifíquese personalmente a la agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho.

QUINTO: Notifíquese por estado esta providencia al actor.

SEXTO: Por Secretaría, infórmese a la comunidad la existencia de este proceso en la forma prevista en el numeral 5º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

SÉPTIMO: Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Adviértase al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil que durante el término para contestar la demanda deberán allegar copia de los antecedentes del acto acusado que se encuentren en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO: Negar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: Reconózcase personería a los abogados Álvaro Enrique Alvarado Mora y Cristian Eduardo Orozco Posada, para actuar como apoderados del señor David

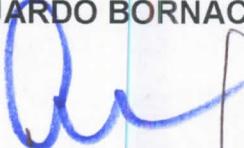


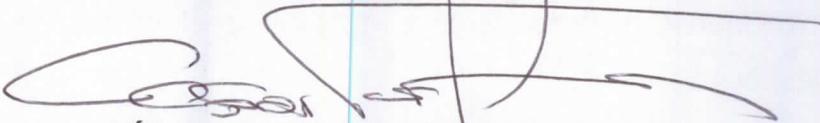
Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Ricardo Fábregas Araujo y el Consejo Nacional Electoral, respectivamente, en los términos y con las facultades del poder a ellos conferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
N° ____ DE HOY ____ A LAS
08:00 am


GIOVANNI RADA HERRERA
SECRETARIO GENERAL

SE DEJA CONSTANCIA QUE SE LE DIO
CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 201 DEL
CPACA