

NULIDAD ELECTORAL POR INTERVENIR EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN FORMALIDADES PLENAS (orden de servicios con una E.S.E.) – Alcance y finalidad

La causal de inhabilidad tiene asidero normativo en el numeral 3 del artículo 179 Constitucional y se ocupa de señalar, con carácter imperativo, que no podrán acceder a la dignidad de congresistas las personas que dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, y aunque allí mismo no se hace una delimitación geográfica de la circunscripción donde ello debe ocurrir, en los dos incisos finales del artículo 179 sí se fijan las pautas o reglas a seguir en torno a la determinación de ese ingrediente normativo de la causal de inhabilidad. En efecto, allí se prevé que la inhabilidad del numeral 3, entre otras, se concreta en “situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, lo que al primer golpe de vista llevaría a suponer, por ejemplo, que de acusarse a la elección de un representante a la cámara por una circunscripción departamental, el contrato que se le impute como inhabilitante ha debido celebrarse con una entidad del nivel departamental; sin embargo, no puede dejar de considerarse lo dispuesto en el último inciso que dispone: “Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º”. Esto, sin duda, es una muestra clara de que la asimilación de circunscripciones, entre la nacional y las territoriales, en punto de inhabilidades, opera de manera generalizada salvo para la del numeral 5 que alude a los vínculos por parentesco o matrimonio o unión permanente con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. Como la excepción opera únicamente para dicha inhabilidad, es procedente señalar que la causal de inhabilidad del numeral 3, que interesa a los procesos acumulados, se configura si el congresista demandado ha intervenido, dentro de los seis meses anteriores a su elección, en la celebración de un contrato estatal con una entidad pública, bien sea que se trate de una entidad del nivel departamental o del nivel municipal, pues ese es el sentido que el constituyente imprime a la última parte del artículo 179 cuando consigna que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales (salvo el numeral 5), es decir que en materia de contratación para un representante a la cámara elegido por circunscripción territorial, igual lo inhabilita el que celebre con una entidad del nivel seccional o con una entidad del nivel local, pertenecientes a la misma circunscripción por la que resulta elegido. En la celebración de contratos con las entidades públicas, no solo se ponen al servicio del contratista recursos económicos derivados del erario, sino también porque la imagen del contratista y eventual candidato resulta favorecida con la opinión que los potenciales electores se forman de él, identificado como persona de gran ascendencia en la administración pública y facilitador, en algunos casos, del desarrollo social a través de la ejecución de obras públicas de interés general. No se requieren mayores elucubraciones para deducir que el candidato contratista, frente a quien no lo ha sido, gana un terreno importante en términos electorales, quebrantando el derecho a la igualdad, pues como se ha dicho, quien ha tenido a su alcance ese factor de poder dentro del término respectivo, resulta ser un candidato más atractivo para el electorado, no por atributos políticos intrínsecos sino debido a un factor que le es ajeno y que en realidad emana del Estado, que dada la imparcialidad que debe mantener frente a los certámenes electorales llevó a que el constituyente inhabilitara a esas personas, en procura de unas justas democráticas transparentes y equitativas. Así las cosas, la configuración de la inhabilidad que es objeto de examen depende de la satisfacción de los siguientes presupuestos: a.- La intervención del demandado en la celebración de un contrato con una entidad pública; b.- En tratándose de la elección de Representantes a la Cámara que esa

entidad sea del nivel departamental o municipal, y c.- Que el contrato se haya celebrado dentro de los seis meses anteriores a la elección. La valoración de la acreditación de estos requisitos será realizada por la Sala en el acápite pertinente.

NULIDAD ELECTORAL POR INTERVENIR EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIN FORMALIDADES PLENAS (orden de servicios con una E.S.E.) – Prueba del contrato en materia de nulidad electoral

Todos y cada uno de los ingredientes normativos de la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución fueron acreditados, en especial porque se probó que el demandado celebró un contrato sin plenas formalidades, dentro de los seis meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara. Aunque el gerente de la Empresa Social del Estado no pudo remitir copia auténtica de los documentos físicos relacionados con el citado contrato, tales como la orden de servicios, el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, debido a que los mismos fueron hurtados de los archivos de la oficina, sí remitió copia auténtica derivada de los documentos electrónicos o en medio magnético que reposan en los computadores de la misma entidad, lo cual permite superar la ausencia del material físico, por cuanto, la copia existente en los archivos electrónicos de la ESE, permiten tener como auténtico el material que de allí obtuvo y remitió el gerente de esa entidad, al tratarse de una copia expedida por el director de la oficina administrativa, en ejercicio de sus funciones, y obtenida de una copia auténtica como es el medio magnético (numeral 1ª, artículo 254 del C. de P. C.). La orden de servicios debe constar por escrito según lo ordenado por el inciso 2 del artículo 25 del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, y conforme con el artículo 6 de la Ley 527 de 1999 cuando una norma requiera que la información conste por escrito, ello quedará satisfecho con un mensaje de datos, no hay duda que en este particular evento la prueba de la orden de servicios 316 de 2005 ha sido satisfecha gracias a un “equivalente funcional” como es la copia auténtica obtenida del medio magnético o electrónico, consistente en el soporte que de la misma naturaleza existe en las oficinas de la entidad pública mencionada. A partir del artículo 39 de la ley 80 de 1993 y del decreto 679 de 1994, se infiere que en el contrato sin formalidades plenas basta la existencia de un escrito que emane del representante legal de la entidad pública en el que imparta una orden dirigida al contratista para la realización de obras, trabajos o el suministro de bienes o servicios y en el que le fije el valor de la contraprestación que recibirá, el cual no requiere que esté suscrito por las dos partes. En suma, para la Sala esta clase de contrato puede acreditarse o con copia auténtica del documento físico que repose en las oficinas de la entidad contratante, o con copia auténtica obtenida del documento que en medio magnético reposa en las oficinas de la entidad contratante. En uno y otro caso la copia, por ser de un documento público y por haber sido expedido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se reputa auténtica y su valor probatorio no puede ser desconocido “mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad” (C. de P. C. art. 252). La Sala advierte que no le corresponde dentro del contexto de la demanda electoral, estudiar si era legal o no que el mencionado contrato se celebrara de acuerdo con la Ley 80 de 1993, pues el punto a establecer es si se hallan demostrados los elementos configuradores de la inhabilidad.

MEDIOS ELECTRÓNICOS – idoneidad para probar contratos sin plenas formalidades

Es dable sostener que los contratos sin plenas formalidades no pueden estar sometidos a la rigidez probatoria encarnada en el artículo 265 del C. de P. C., que

tratan del instrumento público ad substantiam actus. Al contrario, el contrato sin plenas formalidades, a pesar de tratarse de un contrato bilateral, legalmente su celebración está representada en una orden librada por la administración a uno de sus colaboradores o contratistas y por no estar sujeta a la acreditación a través de un documento que recoja las firmas de ambas partes, goza de la libertad de demostración a través de cualquier forma de prueba documental que emane de la administración pública, en que se dé cuenta de la expedición de esa orden. Se enfatiza en que si bien existe la libertad de medios en el régimen probatorio colombiano (C. de P. C. art. 175), tampoco puede llegarse al extremo de sostener que este tipo de contratos estatales pueda acreditarse con cualquier medio de prueba, pues al disponer el inciso 2 del numeral 25 del Decreto 679 de 1994 que “se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente **y por escrito** por el jefe o representante legal de la entidad”, está determinando claramente que el contrato sin plenas formalidades debe obrar por escrito o si se prefiere debe constar documentalmente. Ahora bien, el hecho de que en el contrato sin plenas formalidades la orden de prestación de servicios deba constar por escrito conduce a indagar si solamente se puede acreditar documentalmente, entendiendo por este el medio físico, o si es jurídicamente posible que el medio físico pueda reemplazarse u obtenerse a través del medio magnético dados los avances informáticos registrados en los últimos tiempos y de los que no se ha marginado la administración pública en general.

El artículo 251 del C. de P. C., que responde a la expedición de los Decretos 1400 y 2019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1970 respectivamente, define a través de ejemplos lo que ha de entenderse por documento, incluyendo allí los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías y en fin “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”. Esto es, el documento lo es porque de una parte es una cosa mueble, es decir de aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro por sí mismas -cosas animadas- o por una fuerza externa -cosas inanimadas- (C.C. art. 655), y de otro lado porque puede ser declarativo o representativo, de modo que en el primer caso se contendrán en el documento declaraciones o manifestaciones de voluntad efectuadas por las personas, en tanto que en el segundo el documento será depositario de gráficos o representaciones distintas de las anteriores. No obstante haber transcurrido más de treinta años desde la expedición del Código de Procedimiento Civil, considera la Sala que las definiciones que allí se plasman sobre el documento bastarían para comprender los avances tecnológicos que permiten actualmente contar con documentos electrónicos o documentos en medio magnético, pues siguen siendo declarativos o representativos, e igualmente se trata de cosas muebles del tipo inanimadas en virtud a que si bien algunos programas pueden llevar a imprimir dinámica al manejo de la información, ello sólo es posible ante la presencia de una fuerza externa que es la suministrada por el programador y el ejecutor del programa según corresponda. Con todo, desde la expedición de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia-, se contempló para la Rama Jurisdiccional en general la posibilidad de “utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”, con lo que se abrió la posibilidad de que los medios probatorios igualmente incluyeran al documento electrónico o documento en medio magnético, que sin duda en determinadas circunstancias puede reemplazar al documento en medio físico. A través de la Ley ordinaria 527 del 18 de agosto de 1999 “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, se hicieron importantes avances en

punto del valor probatorios de los documentos en medio magnético, puesto que su ámbito de aplicación cobija “todo tipo de información en forma de mensaje de datos”, excepción hecha de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y ciertas advertencias escritas que por disposición legal deban obligatoriamente ir impresas para determinados productos debido al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo (art. 1). Define, igualmente, lo que ha de entenderse por Mensajes de Datos, incluyendo allí la “información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (art. 2), a los cuales no se puede desconocer valor jurídico puesto que el artículo 5 ibídem es claro en señalar que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, prescripción que dada su claridad no merece comentarios adicionales. La legislación que se ha expedido para reconocerle el valor probatorio a los mensajes de datos o a los documentos vertidos en medio magnético, ha dado lugar al manejo del concepto de “equivalente funcional”, con el cual se busca precisar que el medio electrónico se toma como sucedáneo del medio físico, a tal punto que para el legislador el medio electrónico, desde que se asegure la información, representa el mismo valor probatorio del documento físico, con lo cual se procura seguridad en el intercambio de información y con ello facilitar la eficiencia que desde luego ofrecen los avances tecnológicos. No duda la Sala, entonces, que tanto en la legislación tradicional –por llamarla de alguna manera-, como en la legislación más reciente, el documento electrónico tiene eficacia probatoria, precisamente porque para el legislador esa información se toma como “equivalente funcional” del documento escrito o en medio físico, cumpliendo igualmente la función de bien mueble inanimado en el que se depositan declaraciones o manifestaciones del ser humano y en el que igualmente se pueden consignar representaciones distintas como podrían ser los gráficos. Ahora, el contrato sin plenas formalidades, además de poderse acreditar en medio físico, igualmente puede serlo a través de documentos electrónicos o en medio magnético, ya que se trata de una legislación que no opera solamente en el terreno mercantil, así su inspiración haya sido facilitar el tráfico de la actividad comercial, más cuando en el artículo 6 de la Ley 527 de 1999 se haya dicho que “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”, lo que contrastado con el inciso 2 del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 que exige la prueba por escrito de la orden en que se materialice el contrato sin plenas formalidades, permite inferir que este tipo de contratos puede acreditarse tanto con el medio físico así como con el medio magnético o electrónico. Empero, cuando se trate de documentos públicos que reposen en las oficinas de la entidad respectiva, la copia que se obtenga de los archivos magnéticos de la entidad debe cumplir con las exigencias propias del artículo 254 del C. de P. C., modificado por el artículo 1 numeral 117 del Decreto 2282 de 1989, esto es debe haber sido expedida por el director de la oficina administrativa en que repose el archivo magnético respectivo.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ELECTORAL

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 23 y por la Ley 446 de 1998 art. 44, la acción electoral caduca en el término de veinte días, “contados a partir del día siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección”. Si bien esta norma, considerada aisladamente, sólo contiene

como parámetro para calcular la caducidad el del momento a partir del cual empieza a correr el término, sin especificar el momento en que finaliza o deja de computarse, una lectura sistemática de esa codificación permite llegar a la conclusión que el parámetro restante lo constituye la fecha en que la demanda se presenta al respectivo despacho, como así se puede inferir del artículo 143 ibídem, modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 26 y por la Ley 446 de 1998 art. 45. Aunque el primer inciso del artículo 143 del C. C. A podría dar lugar a alguna confusión en torno a si el término de caducidad se interrumpe desde que la misma es presentada o si desde su corrección, con los incisos siguientes ibídem no hay duda que dicho término se cuenta hasta el momento en que la demanda es presentada al despacho judicial, como así se puede verificar en su inciso segundo al establecer que la demanda corregida será admitida si se presentó dentro del término de caducidad. Además, toda duda se despeja con lo dicho en el inciso cuarto donde se establece el deber de remitir la demanda a la autoridad judicial que sea competente, aclarando que “Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”, de modo que bajo cualquier circunstancia la fecha que debe emplearse para calcular si ha operado o no la figura jurídica de la caducidad de la acción es la de presentación inicial de la demanda, operación en la que no tiene ninguna incidencia la fecha de radicación del escrito de corrección de la demanda ante defectos formales. Esta es la visión que en general tiene el legislador en punto del tema discutido, ya que el mismo tratamiento es dado a las demandas que se formulan ante la jurisdicción ordinaria, como así se establece de la lectura del artículo 90 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003 art. 10, al señalar, en lo pertinente, que “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad...”. En suma, solamente se puede tomar como parámetro final para el cálculo de la caducidad de la acción la fecha en que es presentada la demanda, bien sea que la misma sea inadmitida para su posterior corrección por razones de índole formal, o ya porque siendo presentada ante quien carece de competencia este debe remitirla al juez competente; en cualquier evento la caducidad de la acción se calcula hasta la fecha en que es presentada la demanda, momento que definirá si su arribo a la jurisdicción fue oportuno o extemporáneamente.

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA ELECTORAL

La pretensión primera de la demanda persigue la nulidad del acto de elección del Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, por el período constitucional 2006-2010, en tanto que la pretensión tercera aspira a que en fallo se disponga que “se declare elegido al señor segundo lugar en votación del mismo Partido Político, para el periodo 2006-2010 en los términos y condiciones indicadas en el acta respectiva”. Fácilmente advierte la Sala que la pretensión anterior es incompatible con la principal de nulidad de la elección señalada, puesto que la misma persigue un restablecimiento del derecho, que como lo anota el excepcionante demanda un trámite distinto al previsto para el contencioso de nulidad electoral, sin olvidar por supuesto que se trata de un tema enteramente ajeno al objeto de esa especie de la acción de simple nulidad. El objeto del contencioso de nulidad electoral está identificado en los artículos 228 y 229 del C.C.A., en los que claramente se precisa que si un candidato carece de las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo o fuere inelegible por alguna circunstancia, podrá pedirse a esta jurisdicción “la nulidad de la elección”, lo cual se reitera y se hace aún más preciso en la última norma cuando se ordena que de pretenderse la nulidad de una elección o un registro electoral es necesario que se demande exactamente “el acto por medio del cual la

elección se declara”. Es decir, que en el contexto del proceso electoral su objeto, cuando de elecciones populares se trata, está dado precisamente por aquél acto administrativo que declara la elección. Si bien la anterior sería la pretensión autónoma a invocar en el contencioso de nulidad electoral, existen otras pretensiones que pueden calificarse de tributarias o derivadas de aquélla, tales como la práctica de nuevos escrutinios y la expedición de credenciales, cuando haya lugar a ello (C.C.A. arts. 247, 248 y 249). Es decir, a lo sumo el proceso de nulidad electoral podría encerrar en su objeto las pretensiones de nulidad del acto electoral (principal) y las de práctica de escrutinios o cancelación de credenciales cuando fueren procedentes (subordinadas o derivadas).

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN ACCIÓN ELECTORAL

El contencioso de nulidad electoral es una acción pública y su finalidad está marcada por el deseo de controlar objetivamente la legalidad de los actos administrativos relativos a la materia, para lo cual están legitimados todos los ciudadanos, pues como lo preceptúa el artículo 40 Constitucional esa calidad permite a las personas “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (num. 6). Coherente con lo anterior es el contenido del artículo 227 del C.C.A., que en punto de la acción de nulidad electoral no precisa de la acreditación de una legitimación para promover ese tipo de acciones, al consagrar: “Podrá **cualquier persona**”. Lo dicho hasta el momento se ratifica con lo dispuesto en el artículo 235 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 59, al permitir a “cualquier persona” la participación como tercero interviniente en los procesos electorales, bien sea como coadyuvante de las pretensiones de la demanda o ya para prohiar la presunción de legalidad del acto administrativo electoral acusado. En definitiva, quien se interese en demandar actos electorales acudiendo a la acción pública de nulidad electoral sólo debe cumplir la exigencia constitucional de ser ciudadano en ejercicio (art. 40) y no más. No es necesario que demuestre una legitimación especial, ni siquiera cuando como resultado de la eventual declaración de nulidad puedan derivarse derechos frente a terceros, Vr. Gr., como el del candidato no elegido que formando parte de la misma lista inscrita por el partido o movimiento político que inscribió al inelegible, resulta llamado a ocupar la curul de aquél cuya elección se anula.

CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL – Objetiva y subjetivas

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección acusada, se impartirán las órdenes respectivas, sin que proceda, como lo pide el demandante (Expediente 3956), la práctica de nuevo escrutinio, puesto que se configuró una causal subjetiva de anulación y no una de carácter objetivo que sí dan lugar a la exclusión de la votación afectada. Así, habiéndose demostrado la existencia de una causal subjetiva de anulación, como es la inelegibilidad por inhabilidad del congresista demandado, la práctica de nuevos escrutinios resulta improcedente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2006-00013-00(3946-3949)

Actor: ALBERTO MORALES TAMARA Y OTROS

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE GUAVIARE

Rituados en su integridad los procesos acumulados procede la Sala a proferir sentencia de Unica Instancia.

I.- LAS DEMANDAS

1.- Demanda 3946 de Alberto Morales Támara

1.1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicitan las siguientes declaraciones:

“1.- Se declare la nulidad de la elección hecha en favor del señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL COMO REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2006-2010, contenida en el formulario E-26 denominada ACTA PARCIAL DE ESCRUTINIOS DE LOS VOTOS PARA CAMARA DE REPRESENTANTES conformada por 15 páginas y generado el 19 de marzo de 2006 por los escrutadores VICTOR ARTURO POLO SANMIGUEL y ROBERTO MEDINA LOPEZ y acta general de escrutinios del mismo 19 de marzo de 2006.

2.- Como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de la credencial que los delegados del Consejo Nacional Electoral expidieron a JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL en la que consta que dicha persona fue elegida como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Guaviare.

3.- Igualmente, como consecuencia de la anterior, se declare electo como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Guaviare a IGNACIO ANTONIO JAVELA MURCIA, quien obtuvo la segunda votación por el partido CONVERGENCIA CIUDADANA, para el período 2006-2010”

1.2.- Soporte Fático

En este acápite se afirma:

1.- Con el artículo 1 de la Ordenanza 003 del 22 de enero de 2003 la Asamblea Departamental del Guaviare transformó los hospitales de primer nivel, centros y puestos de salud, en la Empresa Social del Estado – Red de Servicios de Salud de Primer Nivel.

2.- En el artículo 2 de la misma ordenanza se estableció que dicha ESE tendría jurisdicción en todo el departamento, siendo su domicilio la ciudad de San José del Guaviare.

3.- Según certificación expedida por la Secretaría General de la Asamblea Departamental del Guaviare, el anterior acto administrativo está vigente y no ha sido modificado.

4.- El 22 de noviembre de 2005 el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal cotizó con la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, la prestación del servicio de transporte del personal médico y auxiliar de enfermería de esa institución, para la prestación de servicios de salud a distintas veredas atinentes a la Unidad Estratégica de Negocios del municipio del Retorno, por valor de \$1.730.000.00.

5.- El 1º de diciembre de 2005 el gerente de dicha ESE extendió al Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal la orden de servicios 316, con el fin de que prestara el servicio cotizado según el hecho anterior por la suma indicada, el que se cancelaría mediante constancia de cumplimiento expedida por el supervisor de la orden.

6.- El informe de supervisión se elaboró el 23 de diciembre de 2005 y a raíz de ello el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal presentó a la ESE la cuenta de cobro respectiva.

7.- Mediante comprobante de egreso 01-002347 del 27 de diciembre de 2005 la ESE hizo el pago respectivo.

8.- El 7 de febrero de 2006 el demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Guaviare, integrando la lista del Movimiento Convergencia Ciudadana, inscrita con voto preferente.

9.- En las elecciones del 12 de marzo de 2006 resultó elegido el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal como Representante a la Cámara.

10.- La declaración de elección se produjo el 19 de marzo de 2006 según acta general de escrutinio, para el período 2006-2010.

11.- Los Delegados del Consejo Nacional Electoral le expidieron al demandado la credencial que lo acredita como Representante a la Cámara.

12.- En el acta general de escrutinio se hizo constar que el Movimiento Convergencia Ciudadana obtuvo para dichas elecciones un total de 3.478 votos.

13.- Los integrantes de dicha lista obtuvieron la siguiente votación: Juan Gabriel Díaz Bernal 1.902 votos e Ignacio Antonio Javela Murcia 1.460 votos.

14.- Reitera la curul conquistada por ese movimiento político.

15.- El 31 de marzo de 2006 los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil expidieron a Freder Armando Piedrahita Serrada copia de la credencial expedida al demandado, en respuesta a derecho de petición.

16.- El 5 de abril de 2006 el gerente de la ESE aludida, en respuesta a derecho de petición, hizo saber que según constancia suscrita por algunas de sus funcionarias, la entidad suscribió la orden de servicios 316 de 2005 con el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, expidiéndose el comprobante de egreso 2347 y el cheque 28330264 por valor de \$1.596.700.00, contándose apenas con registros magnéticos porque los documentos físicos fueron hurtados de la entidad.

17.- El 10 de abril de 2006 el gerente de la ESE mencionada responde otro derecho de petición, ratificando la información anterior y precisando que el objeto del contrato fue realizar el recorrido del personal médico y auxiliar de enfermería a diferentes veredas del municipio El Retorno, por la suma de \$1.730.000.00.

18.- El demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, según el numeral 3 del artículo 179 Constitucional, dado la celebración de ese contrato.

19.- La Empresa Social del Estado – Red de Servicios de Salud de Primer Nivel es una entidad pública descentralizada, según lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

20.- Los artículos 23, 26 y 27 de la Ordenanza 003 del 2003 aludida, destacan igualmente la calidad de entidad pública de la mencionada ESE.

21.- Pese a la pérdida de la orden de servicios 316 de 2005 con las certificaciones mencionadas en estos hechos, no hay duda de la celebración del contrato. La diferencia entre el valor del contrato y lo efectivamente cancelado se explica en las deducciones legales.

22.- Cita el contenido de lo dispuesto en los artículos 40 y 179 numeral 3 de la Constitución y 228 del C.C.A., para resaltar que la elección de una persona estando incurso en causal de nulidad es razón válida para anular ese acto.

23.- El demandado no podía ser elegido por estar incurso en la inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 Constitucional, según los documentos del 5 y 10 de abril de 2006 expedidos por el Gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel.

24.- El Dr. Ignacio Antonio Javela Murcia también se inscribió a la misma elección por el Movimiento Convergencia Ciudadana.

25.- Repite lo dicho en el hecho 12.

26.- Repite lo dicho en el hecho 13.

27.- Repite el hecho 14.

28.- Reproduce parcialmente el contenido del artículo 263 de la Constitución.

29.- Cita apartes de la sentencia C-1081 de 2005 sobre alcance de reforma a fortalecimiento de partidos políticos.

30.- Cita lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento 01 de 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral, en el artículo 134 de la Constitución y algunos apartes de la sentencia C-1081 de 2005.

31.- La anulación de la elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal como Representante a la Cámara no afecta la votación, motivo por el cual y según el

Acto Legislativo 01 de 2003, debe llamarse a ocupar esa curul al Dr. Ignacio Antonio Javela Murcia.

32.- Al llamado se le debe expedir la respectiva credencial.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación

Dado que el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal intervino en la celebración del contrato – orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, con la Empresa Social del Estado – Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, está incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, lo cual hace nula su elección según lo dispuesto en el artículo 228 del C.C.A. (Cita apartes de la sentencia de febrero 17 de 2005, expediente 3428, de esta Sección).

1.4.- Suspensión Provisional

Con la demanda se pidió la suspensión provisional del acto de elección acusado, la que fue negada mediante auto del 27 de abril de 2006 proferido por la Sala, en el que también se admitió la demanda.

1.5.- La Contestación

El apoderado judicial del demandado contestó la demanda oponiéndose a lo pretendido. En cuanto a los hechos adujo no constarle el 1, 2, 3, 15, 16, 17, 20, 24, 29 y 30 y ser ciertos el 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 25, 26 y 27. El 4 es falso porque nunca ha cotizado servicio alguno ante la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel. El 5 es falso porque no le ha sido notificada la orden de prestación de servicios citada. El 6 también es falso porque el demandado no ha participado de ningún informe de supervisión de servicios. El 7 no le consta, pues no sabe a quién se hizo el pago aludido, pues nunca intervino en la suscripción y ejecución del contrato. Los hechos 18, 23, 31 y 32 son conceptos subjetivos. El 19 no le consta la naturaleza jurídica de la entidad y es falso en cuanto a la celebración del contrato. El hecho 21 no está probado. Y los hechos 22 y 28 son situaciones regladas.

Como razones para defender la legalidad del acto demandado señala que esa presunción no puede retirarse al acto con base en meras conjeturas. Considera

que la demanda no presenta argumentos jurídicos suficientes para acceder a lo pedido a través de la configuración de cualquiera de las causales de nulidad del artículo 228 del C.C.A., lo que conduce a la inexistencia de “causa petendi”. Ante ello el juez administrativo no tiene la facultad de variar o crear la causa en que se funda la acción, por atentar contra el debido proceso y el derecho de defensa.

El carácter público de la acción no exime al demandante de acatar todos los requisitos para su formulación y de cumplir con la carga de la prueba, además del deber de determinar las irregularidades denunciadas.

Las Excepciones: Como tales el mandatario judicial propuso.

1.- Inepta Demanda: Considera que la demanda desacató varios preceptos del artículo 137 del C.C.A. En primer lugar, no se presenta una narración lógica y clara de los hechos soporte de la demanda, no se explica el concepto de la violación *“y mucho menos aporta la prueba idónea, para proceder a examinar su correspondencia con alguna de las causales de nulidad taxativamente indicadas en el CCA”*.

2.- Inexistencia de la Causal de Nulidad: Para fundamentarla se aduce que se invocó jurisprudencia atinente a concejales, quienes tienen régimen jurídico distinto al de los Congresistas; las copias de los documentos electorales no están autenticadas; no se aporta el original o copia auténtica del contrato que demuestre la inhabilidad. Las apreciaciones del actor no encajan en ninguna de las causales de nulidad electoral. Además, el acto de la cotización no puede asimilarse a un contrato de prestación de servicios y no existe prueba de que el demandado hubiera aceptado la orden de servicios 316 para ejecutar actos en las vereda del municipio El Retorno. También arguye:

“La orden de servicios No. 316 fechada diciembre 1º de 2005, en que se soporta el actor, con la cual pretende inhabilitar al Señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, en realidad no es un contrato en estricto sentido, sino un acto unilateral del representante legal de la entidad beneficiada que para su validez requiere del lleno de todos los requisitos que exige todo contrato y específicamente de la ley 80 de 1993 sobre contratación administrativa, los que son ausentes en la invocada causal de nulidad conforme la alusión del mismo y copia simple arrimada al plenario.

Los contratos de prestación de servicios general unos honorarios como contraprestación. En la citada orden de servicios No. 316 no figuran honorarios de ninguna naturaleza”

3.- Inexistencia de Prueba que Demuestre la Inhabilidad: Transcribe apartes de una sentencia no identificada, para luego afirmar que en el sub lite los documentos electorales carecen de autenticación por las autoridades pertinentes, amén de que el contrato – orden de servicios 316 no se aportó en original ni en copia auténtica, careciéndose así de soporte para las pretensiones.

4.- Inexistencia de la Inhabilidad: De las pruebas invocadas no se infiere la configuración del contrato de prestación de servicios y de haber sido celebrado por el demandado se calificaría como *“un contrato de trabajo ocasional y transitorio”* en atención a su objeto, esto es *“una gestión accidental, ocasional y transitoria que por la duración del recorrido de los funcionarios allí aludidos no tendría periodicidad superior a un día”*. Al no contarse materialmente con el contrato, el análisis de la orden de servicios permite establecer que: (i) Fue para transportar a unos funcionarios a un municipio distinto del domicilio contractual; (ii) No se puede determinar la fecha, horario, duración, labor a ejecutar, etc., para identificar el tipo de contrato; (iii) No se sabe si se cumpliría en vehículo oficial o particular; (iv) No se sabe quién conduciría el vehículo y bajo qué condiciones; (v) No se establece si el precio de la orden (\$1.730.000.00), es por uno o varios recorridos, y (vi) La orden de servicios es ambigua e imprecisa, no cumple con los requisitos de la Ley 80 de 1993.

A lo sumo el demandado se tendría como un trabajador ocasional, cuya vinculación con la administración no lo inhabilitaría, es decir una relación contractual laboral regulada por el artículo 41 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, que no configuraría el contrato de prestación de servicios en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y tampoco la causal de inhabilidad citada en la demanda.

Según lo dispuesto en el artículo 31 del Código Civil la interpretación en materia de inhabilidades debe ser restrictiva, razón por la cual debe entender que *“la labor supuestamente realizada por el [demandado], a favor del ente oficial no se halla respaldada en un contrato estatal de prestación de servicios, sino en una relación contractual laboral, que no está contemplada taxativamente como causal de inhabilidad electoral”*. Luego de citar extractos de la sentencia dictada por esta

Sección el 10 de marzo de 2005 en el expediente 3382, el apoderado retoma el objeto de la orden de servicios 316 para asegurar que en la supuesta prestación de ese servicio el demandado no contó con autonomía e independencia para la ejecución del contrato, por existir una finalidad específica consistente en labores de transporte en sitios y horarios determinados por la contratante; lo anterior, insiste el memorialista, configura una relación contractual laboral en los términos del artículo 41 del Decreto 2127 de 1945.

Esa relación tampoco llevaría a configurar un contrato de trabajo ocasional (D.R. 2127/1945 ART. 41), ciertamente por las características de esa orden de servicios a saber: (i) La prestación del servicio de transporte a funcionarios de la entidad para desplazarse a veredas del municipio El Retorno no es una labor propia de la entidad contratante; (ii) Su duración fue de un día o menos del mes; (iii) El objeto se desarrollaría bajo la coordinación y supervisión de la entidad contratante, y (iv) La remuneración se fijó por jornal, liquidable al término del contrato. Finalmente sostuvo:

“Por el contrario, no están presentes en esa presunta relación jurídica entre la RED DE SERVICIOS DE SALUD I NIVEL DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y el señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, los elementos propios del contrato de prestación de servicios, conforme a la definición antes transcrita del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, a saber, la ejecución por el contratista, en forma autónoma y bajo su responsabilidad, de labores que son propias de la Entidad contratante pero que no pueden realizarse por personal de planta, o de trabajos que requieren conocimiento especializado”

5.- Falsa Motivación: De acuerdo con los hechos y los documentos apócrifos aportados se logra *“establecer que estos contienen meras conjeturas sin sustento probatorio que conllevan a una falsa motivación”*.

6.- Innominada: La que de oficio halle probada la Sección.

1.6.- El Trámite

La demanda se radicó en la Secretaría de la Sección el 17 de abril de 2006 y su admisión ocurrió a través del auto del 27 de abril del mismo año, en el que además de negarse la suspensión provisional del acto acusado, se admitió la demanda ordenándose las notificaciones pertinentes. Realizadas las notificaciones del caso y habiendo contestado la demanda el accionado a través de apoderado

judicial, el Consejero sustanciador dictó el auto del 10 de julio de 2006 abriendo el proceso a pruebas, para lo cual se decretaron unas, se negaron otras y también se acudió a la facultad oficiosa. Con el auto del 10 de agosto siguiente se fijó fecha y hora para la práctica de unos testimonios y se aceptó la renuncia al poder presentada por el mandatario judicial del accionado.

En el auto del 20 de octubre de 2006 el Consejero conductor del proceso dispuso mantenerlo en secretaría para fines de acumulación. Luego se dictó el auto del 13 de marzo de 2007 ordenando a la secretaría dar traslado del incidente de nulidad promovido por el apoderado del accionado, resuelto negativamente por la Sala con auto del 13 de abril siguiente, frente al que la misma Sala negó su aclaración con auto del 3 de mayo. Posteriormente y con auto del 7 de junio de 2007 la Sala decretó la acumulación de los expedientes, cuyo sorteo se cumplió en diligencia del 25 de junio, asignándose los procesos a quien elabora esta ponencia.

En curso de lo anterior el apoderado del demandado solicitó decretar la suspensión del proceso por prejudicialidad penal, petición que desató la Sala con auto del 29 de junio de 2007, no accediendo a la misma. El recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior lo desató la Sala con auto del 19 de julio manteniendo el auto impugnado. Finalmente, con auto del 1º de agosto de 2007 se ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco días para que formularan alegatos de conclusión y entregar enseguida el expediente al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo. Surtido lo anterior, ingresó el proceso acumulado al Despacho para emitir sentencia de única instancia, viable ante la inexistencia de causal alguna de nulidad.

2.- Demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia

2.1.- Las Pretensiones

Los pronunciamientos que se piden con la demanda son:

“PRIMERA: La declaratoria de nulidad parcial del ACTA GENERAL DE ESCRUTINIOS DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, realizada el pasado 19 de marzo de 2006, en la parte que declaró la elección del señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 18.222.881 de San José del Guaviare, en la lista inscrita por el PARTIDO CONVERGENCIA CIUDADANA, como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare para el periodo 2006-2010, conforme a los hechos y razones jurídicas que se expondrán en los capítulos correspondientes de esta demanda.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial del acta referida en la pretensión primera, se ordene la cancelación de su credencial, expedida el 19 de marzo del año 2006 y registrada en el folio 26 del libro de credenciales, toda vez que el señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, se encuentra inhabilitado para ser congresista, de acuerdo con el art. 179 de la Constitución Política, numeral tercero, conforme se describirá en los hechos y razones jurídicas que se expondrán en esta demanda.

TERCERA: Que declarada la nulidad parcial del acta demandada, correspondiente al Partido Político – Convergencia Ciudadana – que declaro (sic) la elección del señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare, se declare elegido al señor IGNACIO ANTONIO JAVELA MURCIA, candidato a la misma Corporación quien ocupo (sic) el segundo lugar en votación del mismo Partido Político, para el periodo 2006-2010 en los términos y condiciones indicadas en el acta respectiva.

CUARTA: Las autoridades electorales (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil) y demás autoridades competentes darán cumplimiento a la sentencia dentro de los términos que consagra el Código Contencioso Administrativo a partir del art. 172, Ley 5 de 1992 y Constitución Política”

2.2.- Fundamentos de hecho

En 17 hechos, aunque no en el mismo orden, el accionante reitera los fundamentos fácticos expuestos con la demanda presentada por el ciudadano Alberto Morales Támara (3946), sobre intervención del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal en la celebración de la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005 con la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, la naturaleza jurídica de esta entidad, el extravío de los documentos físicos relativos al contrato y la conservación de la misma información en medio magnético, entre otros aspectos. Dada esa similitud la Sala, en aplicación del principio de economía procesal y para hacer más expedito el desenvolvimiento del análisis que se surtirá con este fallo, se remite a lo resumido en el capítulo de hechos para la demanda anterior.

2.3.- Normas violadas y concepto de violación

Aquí ocurre lo mismo. El accionante considera que se ha configurado la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 Constitucional, dado la participación del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal en la celebración del mencionado contrato con la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, ocurrida dentro del término

inhabilitante. Como sustento de su argumentación acude a buena parte de las consideraciones expuestas por esta Sección en la sentencia del 12 de junio de 2003, expediente 3099.

2.4.- Corrección de la demanda

Con escrito radicado el 2 de mayo de 2006 (fls. 160 y 161), el actor corrigió la demanda al haber sido inadmitida con auto del 25 de abril anterior, para lo cual aportó cierta documentación y modificó la pretensión primera en el sentido de declarar *“igualmente la nulidad de los formularios E-24 y E-26 en cuanto declaro (sic) la elección de JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare para el periodo 2006-2010”*.

2.5.- Suspensión Provisional

Con la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto de elección demandado, lo que negó la Sala con auto del 18 de mayo de 2006, mediante el cual también se admitió la demanda.

2.6.- La Contestación

El mandatario judicial del demandado se opuso a las pretensiones y los hechos fueron en su generalidad negados para que fueran probados. Defendió la presunción de legalidad del acto acusado negando que su poderdante hubiera intervenido en la celebración de dicho contrato puesto que es profesional en manejo agroforestal egresado de la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD de San José del Guaviare, desempeñándose además como comerciante y ganadero en ese municipio especialmente.

Por ser la orden de servicio 316 un acto unilateral *“mal podría calificarse como un contrato o convención por el cual su destinatario hubiere contraído obligación alguna con la entidad”* (Cita apartes de la sentencia de octubre 10 de 1947 de la Corte Suprema de Justicia). Dado que los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 califican al contrato estatal como un contrato solemne, la no existencia del documento escrito debe llevar a tenerlo como no ejecutado o celebrado según lo dispuesto en el artículo 1760 del Código Civil, sin que pueda darse valor alguno a

la orden de servicios 316, ni siquiera como instrumento privado, por no estar firmado por las partes. Además, señala:

“En cuanto a la copia del oficio OFJ 018 del 10 de abril del 2006 suscrito por el Gerente de la RED DE SERVICIOS DE SALUD DE 1 NIVEL DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y dirigido al señor Raúl Hurtado Forero (folio 108), que el demandado pretende aducir como prueba, debe ser rechazada *in-limine* por estar legalmente prohibida (artículo 199 del Código de Procedimiento Civil) por ser ineficaz como ya se ha visto y por no ceñirse a alguno de los tres (3) eventos previstos en el artículo 262 *ibídem*”

Las Excepciones: Como tales el mandatario judicial propuso.

1.- Caducidad de la Acción: Considera el libelista que los defectos formales que dieron lugar a la inadmisión de la demanda con auto del 25 de abril de 2006, no permiten tenerla como presentada el 19 de los mismos cuando se radicó en la Secretaría, motivo por el cual para el 2 de mayo siguiente, cuando se corrigió la demanda, ya había operado la caducidad.

2.- Indebida Representación del Demandante: Aduce el libelista que el poder conferido por el accionante cubría solamente la facultad de adelantar acción pública de nulidad electoral en los términos del artículo 84 del C.C.A., respecto del acto de elección del demandado, pero la demanda se promueve para el trámite de esa acción *“consagrada en los artículos 84 y 228 del C.C.A.”*, y en la corrección se incluyen como actos demandados los formularios E-24 y E-26 declarativos de la elección *“para lo cual no está facultado el apoderado expresamente”*.

3.- Ineptitud de la Demanda por Falta de Requisitos Formales: Para el libelista la demanda no cumple los requisitos señalados en los artículos 137, 138, 228 y 229 del C.C.A., porque: (i) No contiene fundamentos de derecho ni explica claramente el concepto de violación; (ii) No se individualiza con precisión el acto acusado, puesto que se demandan los formularios E-24 y E-26, que no son actos administrativos *“confundiendo de esta manera el continente, que es el acta de escrutinio, con su contenido que es el acto administrativa (sic)”*; (iii) No se anexó con la demanda la constancia de notificación y ejecutoria del acto acusado; (iv) No precisa la demanda cuál de las causales de nulidad consagradas en los artículos 84, 223 y 228 del C.C.A., se imputa a la elección acusada, y (v) Al demandarse la nulidad del acta general de escrutinio del departamento del Guaviare y los

formularios E-24 y E-26 no se está individualizando el auto acusado ni se demanda el acto que declara la elección.

4.- Falta o Carencia de Legitimación en la Causa del Demandante para Solicitar: Insiste en que los formularios E-24 y E-26 indicados no son actos administrativos y por ello no son demandables en nulidad.

5.- Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones: Las pretensiones primera y tercera no son acumulables según lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 82 del C. de P. C., dado que la primera de nulidad electoral se rige por el procedimiento dispuesto en los artículos 218 a 251 del C.C.A., al tiempo que la tercera se rige por el procedimiento ordinario consagrado en los artículos 206 a 214 ibídem; además, ésta pretensión no sería del conocimiento del Consejo de Estado *“sería del Tribunal Administrativo o del Juez Administrativo correspondiente, por tratarse de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho”*.

6.- Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Acciones: Entiende el apoderado que en la demanda se acumularon la acción de nulidad electoral por las pretensiones primera, segunda y cuarta (Art. 228 C.C.A.), y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión tercera (Art. 85 C.C.A.).

7.- Carencia de Acción: Sucintamente dice que ello ocurre porque *“la acción propuesta carece de fundamentación fáctica, jurídica y probatoria”*.

8.- Falta del Debido Proceso: Porque la demanda se admitió con auto del 18 de mayo de 2006 pese a no cumplir los requisitos formales, ignorando lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A. Igualmente porque el auto admisorio no satisface lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 233 ibídem, la notificación al demandado no se ordenó y practicó en forma legal.

9.- Genérica o innominada: Cualquier hecho exceptivo que aparezca probado en el proceso.

2.7.- El Trámite

La demanda se radicó en la Secretaría de la Sección el 19 de abril de 2006, siendo inadmitida por la Consejera sustanciadora con auto del 25 de abril de 2006 ante la verificación de algunos defectos formales. El escrito de corrección se radicó el 2 de mayo siguiente y la demanda fue admitida por la Sala con auto del 18 de mayo de 2006 en el que se ordenaron las notificaciones pertinentes, despachándose negativamente la petición de suspensión provisional del acto acusado. Ante la imposibilidad de practicar la notificación personal al demandado, con auto del 31 de julio se designó curador ad-litem; sin embargo, dicho sujeto procesal se notificó personalmente el 28 de agosto de 2006, contestando la demanda oportunamente a través de apoderado judicial.

Concluida la etapa de litis contestatio se profirió el auto del 13 de septiembre de 2006, abriendo el proceso a pruebas y decretando las que en su momento solicitaron las partes, a excepción de unos testimonios pedidos por la parte demandada. Recaudadas las pruebas la Consejera sustanciadora dictó el auto del 30 de noviembre de 2006 ordenando mantener el expediente en la Secretaría en espera de la acumulación de los procesos.

3.- Demanda 3955 de Eduardo Velásquez Briceño

3.1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicita:

“PRIMERA: Se DECLARE la NULIDAD PARCIAL del ACTA GENERAL DE ESCRUTINIOS DE LOS VOTOS DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, realizada el pasado 19 de marzo de 2006, en la parte que declaró la elección del señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 18.222.881 de San José del Guaviare, en la lista inscrita por el PARTIDO CONVERGENCIA CIUDADANA, como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare para el periodo 2006-2010, por las razones de facto antes expuestas.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se ordena la CANCELACION de la CREDENCIAL del señor JUAN GABRIEL DIAZ BENAL, que lo acredita como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare, expedida el 19 de marzo del año 2006 por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, toda vez que al contratar en interés personal con una Entidad Pública del Guaviare seis meses antes de la elección, lo inhabilita para ejercer su cargo como congresista, ya que con su comportamiento violó el art. 179-3 de la Constitución Política.

TERCERA: Que declarada la nulidad parcial del acta demandada, correspondiente al Partido Político – Convergencia Ciudadana – que declaró la elección del señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare, se declare elegido al Doctor IGNACIO ANTONIO JAVELA MURCIA, candidato a la misma Corporación quien ocupó el segundo lugar en votación del mismo Partido Político, para el período 2006-2010 en los términos y condiciones indicadas en el acta respectiva.

CUARTA: Se oficie al Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil y demás autoridades competentes para que den cumplimiento a la sentencia dentro de los términos que consagra la Ley”

3.2.- Fundamentos de hecho

Examinada con detenimiento la demanda encuentra la Sala que ella expone hechos similares a los plasmados en las demandas anteriores, razón suficiente para que aplicando el principio de la economía procesal no se haga una síntesis completa de lo dicho. Sin embargo, es bueno resaltar que los hechos se dividen en cinco capítulos. El primero trata lo relativo al acto de inscripción de candidatos y la declaratoria de elección de la lista en que se inscribió el demandado; el segundo corresponde a la existencia del contrato y su ejecución, en el que se dan los pormenores de lo ocurrido en torno a la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, desde la presentación de la cotización por parte del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, pasando por la celebración, ejecución y pago del contrato, hasta llegar a la narración de la desaparición de los documentos físicos y la conservación de algunos archivos magnéticos en la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare; el tercer capítulo trata lo atinente al régimen jurídico aplicable a la mencionada Empresa Social del Estado, calificada de entidad pública; el cuarto capítulo habla de los documentos que para el accionante acreditan la inhabilidad, mencionando allí las copias informales de los documentos ya citados, las certificaciones expedidas por el Gerente de la citada ESE, entre otros que serán valorados en su oportunidad; y el capítulo cinco expone algunas conclusiones sobre la inhabilidad configurada en el demandado y cómo según las normas constitucionales pertinentes el señor IGNACIO ANTONIO JAVELA MURCIA es la persona llamada a ocupar esa curul.

3.3.- Normas violadas y concepto de violación

En este acápite se apoya normativamente el libelista en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, en armonía con lo previsto en el numeral 3 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, para aducir:

“Como se observa en el acerbo (sic) probatorio, **ES EVIDENTE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO Y SU EJECUCION**, toda vez que el señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL previa solicitud suya, y por orden del señor JUVENAL MORALES PAJARO, en su calidad de Representante legal de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Departamento del Guaviare, **EJECUTO** con fines económicos y para beneficio propio, la **ORDEN DE SERVICIO No 316** del 1º de diciembre de 2005, cuyo objeto fue la prestación de servicios de transportes con el fin de realizar el recorrido del personal médico y auxiliar de enfermería a las diferentes veredas correspondientes a la UEN (unidad Especial de Negocios) del Municipio de El Retorno, **dentro de los seis meses anteriores a la elección**, como lo confirma el Subgerente de la UEN de dicha Localidad, señor DAGOBERTO SUAREZ MELO, en su informe de supervisión de diciembre 23 de 2005, al certificar que **el Contratista JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL cumplió a satisfacción la orden de servicios No 316, y se le pagó la suma de UN MILLON QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS MCTE (\$1.596.700.00)** previas las deducciones de ley, según comprobante de egreso No. 01-002347.

Además, **NO QUEDA DUDA DE LA EXISTENCIA Y EJECUCION DEL CONTRATO**, y que se prueba 1º- Con las copias de los documentos aportados a esta demanda, y 2º- **Por lo afirmado por el Gerente de la ESE del Guaviare en respuesta a los diferentes Derechos de Petición, quien de forma clara certifica la existencia del contrato, el objeto del mismo, el nombre del contratista, el cumplimiento del contrato, el pago de la prestación del servicio o comprobante de egreso, la certificación y registro presupuestal del gasto, aclarando que las copias de dichos documentos fueron expedidas por dicha Entidad y que reposan en su archivo magnético”**

3.4.- Suspensión Provisional

Con la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto de elección demandado, negado por la Sala con auto del 18 de mayo de 2006, mediante el cual también se admitió la demanda.

3.5.- La Contestación

El demandado designó como su apoderado para esta demanda al mismo profesional del Derecho designado para la demanda anterior (3949), quien contestó la demanda en los mismos términos y formuló igualmente las excepciones de: 1.- Caducidad de la Acción, 2.- Ineptitud de la Demanda por Falta

de Requisitos Formales, 3.- Falta o Carencia de Legitimación en la Causa del Demandante, 4.- Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones, 5.- Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Acciones, 6.- Carencia de Acción, 7.- Falta del Debido Proceso, y 8.- Excepción Genérica o Innominada. Como los argumentos esgrimidos en pro de estas excepciones coinciden con los dados para las mismas excepciones propuestas dentro de la demanda radicada bajo el No. 3949, a lo allí resumido se remite la Sala.

3.6.- El Trámite

La demanda se radicó en la Secretaría de la Sección el 21 de abril de 2006, inadmitiéndose por la Consejera sustanciadora con auto del 27 de abril siguiente por algunos defectos de tipo formal. Una vez corregidos se profirió, por la Sala, el auto del 18 de mayo de 2006 admitiéndola y negando la suspensión provisional solicitada. Cumplidas las órdenes dispuestas en el auto admisorio y notificado personalmente el demandado el 28 de agosto de 2006, quien presentó su contestación asistido por abogado titulado, se dictó el auto del 13 de septiembre abriendo el proceso a pruebas, decretándose para ello las pedidas por las partes, aclarándose que al demandado le fueron negados algunos testimonios. Con auto del 19 de octubre de 2006 se ordenó requerir al gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare para que aportara una información. Finalmente, el auto del 30 de noviembre ordenó mantener el expediente en secretaría mientras se decidía su acumulación.

4.- Demanda 3956 de Fernando Vargas Mendoza

4.1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicita:

“1.- Que se declare la nulidad del Acta Departamental de Escrutinio de fecha 19 de marzo de 2006, mediante el cual la Comisión Escrutadora Departamental de Guaviare declaró elegido al señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por la circunscripción departamental de Guaviare para el período 2006-2010.

2.- Que se declare la nulidad del acta E-26AG Departamental de Guaviare, referido a la Cámara por la circunscripción departamental de Guaviare, calendada en la misma fecha.

3.- Que como consecuencia de lo anterior se decrete la cancelación de la credencial que acredita como Representante a la Cámara por la circunscripción departamental de Guaviare al señor JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, quien resulto (sic) declarado en dicha acta de escrutinio para el período de 2006-2010.

4.- Que se ordene la exclusión de MIL NOVECIENTOS DOS VOTOS (1.902) depositados en las elecciones del 12 de marzo de 2006, a favor del PARTIDO CONVERGENCIA CIUDADANA y de su avalado JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por la circunscripción departamental de Guaviare para el período de 2006-2010 y se ordene efectuar nuevo Escrutinio Departamental para Cámara de Representantes por el Departamento de Guaviare, con los votos validamente depositados respecto a las listas y candidatos legalmente hábiles para aspirar a dicho (sic) Corporación”

4.2.- Fundamentos de hecho

En seis hechos la parte demandante reitera los fundamentos fácticos de las demandas anteriores, esto es narra lo relativo a la celebración del contrato – orden de prestación de servicios 316 entre la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare y el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal y como a pesar de ello decide postularse y resulta elegido Representante a la Cámara por esa circunscripción electoral, pese a encontrarse inhabilitado.

4.3.- Normas violadas y concepto de violación

Las normas violadas son los artículos 13 y 179.3 de la Constitución. Los artículos 1, 2, 7, 14 y 123 del Código Electoral. Los artículos 1, 2, 3, 84, 223.5 y 227 del Código Contencioso Administrativo. El concepto de violación se desarrolla a través de dos cargos.

Primer Cargo. Art. 179.3 de la C.P. El Congresista elegido está incurso en causal de inhabilidad por haber celebrado contrato con el Departamento del Guaviare, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección y por ende no reúne las calidades constitucionales para ser electo

Señala que según el numeral 3 del artículo 179 citado se encuentra inhabilitado para ser Congresista el ciudadano que dentro de los seis meses anteriores a la elección haya intervenido en la celebración de contratos estatales con entidades del mismo departamento o que deban ejecutarse allí. Así, el demandado no podía ser elegido como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare,

puesto que dentro de ese lapso celebró un contrato con una entidad del mismo departamento, cumpliéndose así las condiciones del artículo 228 del C.C.A., para declarar la nulidad de la elección y cancelar la respectiva credencial.

Segundo Cargo. Violación al derecho a la igualdad – Art. 13 C.P.

Para el libelista el constituyente de 1991 tuvo como propósito que el acceso a los cargos de elección popular dependiera del mérito del candidato y no del uso abusivo de funciones o recursos públicos, debiendo los candidatos ajustar su proceder a condiciones de igualdad e imparcialidad porque de no ser así se incurre en una inhabilidad. Tanto el Partido Convergencia Ciudadana como el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal quebrantaron el derecho de igualdad por la ventaja que frente a los demás aspirantes les proporcionó el contrato celebrado por el último con la administración dentro de los seis meses anteriores a su elección. Por consiguiente, a ese partido político deben descontársele los 1902 votos alcanzados por el candidato inhábil para realizar nuevo escrutinio.

4.4.- La Contestación

El apoderado designado por el demandado se opuso a las pretensiones, solamente admitió como ciertos los hechos primero y quinto, ya que los restantes los calificó de falsos.

Refuta el primer cargo el mandatario judicial calificándolo de vago e impreciso al no identificar el supuesto contrato celebrado por el demandado, como tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se adelantó esa relación contractual; además, no existe prueba que acredite lo aseverado en el cargo debido a que las copias acompañadas son informales.

El segundo cargo es negado por el apoderado señalando la inexistencia de prueba en respaldo, e igualmente porque el actor no precisa *“cuales fueron las conductas materialmente comprobadas que lleven a la convicción de haberse configurado este cargo”*.

Allí mismo el apoderado judicial del Representante demandado formuló las excepciones de: (i) Inepta Demanda, (ii) Inexistencia de Causal de Nulidad, (iii) Inexistencia de Prueba que Demuestre la Inhabilidad, y (iv) Falsa Motivación.

Estas excepciones también se propusieron por el mismo apoderado al contestar la demanda radicada bajo el No. 3946, y sus contenidos son iguales, razón por la cual la Sala se remite a lo allí resumido.

Como razones adicionales de la defensa se dice que para el año 2005 el demandado tuvo como actividad laboral la prestación de servicios de transporte público, tampoco es propietario de vehículos para ese servicio ni ha tenido relaciones contractuales con el departamento del Guaviare. Asegura que la orden de prestación de servicios 316 no fue firmada por él, tampoco firmó la cuenta respectiva *“desconociéndose si se trata de una suplantación hecha por terceros para afectar no solo al ahora Representante DIAZ BENAL o para realizar una defraudación al erario público”*.

Las veredas relacionadas en la presunta Orden de Prestación de Servicios no hacen parte de la jurisdicción del municipio de San José del Guaviare, siendo confuso entonces que el demandado hubiera celebrado una OPS. Además, para el 1º de diciembre de 2005 el accionada estaba en Bogotá D.C., cumpliendo actividades de tipo personal *“siendo imposible que en ese mismo día estuviere en San José de Guaviare celebrando o ejecutando la presunta OPS que en tal día dicen haber suscrito y que nunca ha ejercido como transportador publico (sic), ni ha sido propietario de vehículos para tal servicio”*.

4.7.- El Trámite

La demanda interpuesta por el ciudadano Fernando Vargas Mendoza a título personal y como miembro de la Red Nacional de Veedurías Ciudadanas, se radicó en la Secretaría de la Sección el 21 de abril de 2006, siendo admitida por la Consejera sustanciadora con auto calendado el 27 de abril de 2006 en el que se ordenaron las notificaciones correspondientes y la fijación del negocio en lista. Notificado personalmente el demandado y cumplidas las demás medidas, contestó la demanda por conducto de apoderado judicial en los términos sintetizados.

Con auto del 4 de julio de 2006 se abrió la fase probatoria, decretándose las pruebas solicitadas por las partes, aunque algunas fueron negadas. Agotada esta etapa y recaudadas las pruebas decretadas, la Consejera conductora del proceso profirió el auto del 24 de agosto de 2006 ordenando mantener el expediente en Secretaría hasta tanto se acumularan los procesos en curso.

El propio demandado, con escrito radicado el 7 de diciembre de 2006 promovió incidente de nulidad, del cual se dio traslado a la otra parte con auto del 15 de los mismos. Su decisión estuvo a cargo de la Sala mediante auto del 25 de enero de 2007, con el que se negó la nulidad planteada y se aceptó la intervención de Ignacio Antonio Javela Murcia como tercero. Frente a esta decisión el demandado solicitó aclaración, que igualmente negó la Sala con auto del 8 de febrero, insistiendo en que el expediente debía permanecer en Secretaría en espera de la acumulación. Enseguida el demandado interpuso recurso de reposición contra el auto del 25 de enero de 2007 que fue rechazado por la Sala con auto del 1º de marzo por extemporáneo, tampoco se revocó la admisión del tercero interesado.

II.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Por parte del Demandante Manuel Alberto Morales Támara - 3946: Comienza señalando que el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal fue elegido Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, lo cual se deduce del documento del 5 de abril de 2007 expedido por el gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, Dr. Juvenal Morales Pájara, motivo por el que debe anularse su elección y declarar electo en su reemplazo a Ignacio Antonio Javela Murcia, inscrito como segundo renglón de la misma lista del Partido Convergencia Ciudadana.

Además, la existencia de la inhabilidad se demuestra no solo con el documento anterior sino también con la comunicación OFJ015 de abril 5 de 2006 expedido por la Auxiliar Administrativa de la citada ESE Elizabeth Florián Huertas sobre la constancia en medio magnético de haberse suscrito la OPS 316 con el demandado, la constancia de la misma fecha expedida por la Tesorera de la entidad dando cuenta del pago de esa orden a favor del accionado. Estos documentos, que se aportaron en original y en copia auténtica, no fueron tachados por el demandado y gozan de la presunción de autenticidad por haber sido expedidos por funcionarios públicos (Arts. 252, 253 y 254 del C. de P. C.).

La Contraloría Departamental del Guaviare informó con el oficio CDG-DC-214.06 del 6 de octubre de 2006 que la documentación relativa a esa orden de servicios fue sustraída, pero que igualmente aparece reportado el contrato lo que lleva a establecer su existencia. Reitera que la diferencia entre el valor de la cotización y

el valor de lo efectivamente pagado al demandado obedece a los descuentos legales. Por lo demás, el escrito no hace más que reproducir las normas constitucionales y legales atinentes a la designación de reemplazos de los congresistas cuando sobreviene una falta absoluta, para significar que en este caso, ante la inhabilidad del demandado y la nulidad de su elección, debe declararse electo al segundo renglón de la lista inscrita por el mismo partido político del accionado.

Por parte del Demandante Eduardo Velásquez Briceño – 3955: Se ocupa el libelista analizar y transcribir apartes de las declaraciones rendidas por los testigos Juvenal Morales Pájara – Gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, Elizabeth Fontecha Moreno – Tesorera de la misma, Elizabeth Florián Huertas – Auxiliar Administrativa Oficina Jurídica de dicha entidad y Aurelio Castro Parra – Asesor Jurídico de la ESE, así como enlistar las diferentes pruebas documentales aportadas a los procesos acumulados, para de allí arribar a la conclusión de la existencia del contrato de prestación de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, cuyos elementos fueron perfectamente descritos por el gerente de la citada ESE, tales como su objeto, las partes, el valor, lo pagado, la certificación y registro presupuestal, etc. También concluye la configuración de la inhabilidad alegada y que debe declararse la elección del Dr. Ignacio Antonio Javela Murcia como Representante a la Cámara en reemplazo del demandado. Por último, se ocupa de cuestionar la conducta personal del accionado en el curso del proceso, en particular por las firmas empleadas en diferentes actuaciones procesales y cómo a última hora, luego de seis meses de actuación procesal, denuncia a través de apoderado ante la Fiscalía General de la Nación que fue suplantado en lo relativo al mencionado contrato.

Por parte del Demandado Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal: Ya en lo atinente al problema jurídico planteado con las demandas acumuladas el mandatario judicial del accionado recurre a lo dispuesto en los artículos 174 y 177 del C. de P. C., para señalar que los demandantes tenían la carga de probar los supuestos de hecho de la causal de inhabilidad, esto es la intervención del demandado en la celebración de la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005 expedida por la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, sin que lo hayan logrado.

Analiza enseguida las diferentes copias aportadas de esa orden de servicios, concluyendo que no se pueden tener como documentos auténticos en los términos del artículo 252 del C. de P. C., porque no se tiene certeza de la persona que lo elaboró al carecer de firmas pese a que como antefirma aparezca el nombre de Juvenal Morales Pájara – Gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel de San José del Guaviare; tampoco puede tenerse como un documento privado por no cumplir los requisitos del artículo 251 ibídem.

Luego recoge la declaración rendida por el demandado Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, quien categóricamente negó haber celebrado negocio alguno con la mencionada entidad, lo que en opinión del libelista debe apreciarse pues *“para los efectos del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, que sobre este hecho confesado por el demandado no existe prueba en contrario en el proceso”*. Las copias del oficio de noviembre 22 de 2005 supuestamente firmado por el demandado y presentado al Gerente de la mencionada ESE sobre una cotización, de la cuenta de cobro, de la orden de pago por concepto de la orden de servicios 316, del certificado de disponibilidad presupuestal, del informe de supervisión de esa orden y del cheque 28330264 girado a favor del accionado por valor de \$1.595.700.00 y con girador ilegible, carecen de valor probatorio por no cumplir los requisitos del artículo 254 del C. de P. C., puesto que no fueron tomadas de su original, ni autorizadas por el director de la oficina administrativa donde reposa su original, además:

“De acuerdo con la norma citada, la validez de las copias autenticadas provenientes de copias ya autenticadas está sujeta a un requisito esencial cual es el de que la primera autenticación haya sido autorizada por el funcionario en donde reposa el documento inicial, cuando se trate de documentos públicos cuyo original debe reposar en la entidad correspondiente”

Considera que la prueba de la orden de servicios 316 debe tenerse como legalmente inexistente, que las restantes son inválidas e ineficaces por tratarse de documentos autenticados ante notario público, cuyos originales no fueron expedidos por el funcionario competente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel de San José del Guaviare, o tomadas de su original o de copia autenticada.

Finalmente, concluye que las pretensiones deben negarse porque: (i) Faltan los presupuestos necesarios para emitir *“fallo con carácter de sentencia”* según lo

dispuesto en los artículos 136.12, 137, 138, 139, 143, 228 y 229 del C.C.A.; (ii) No se desvirtuó “la presunción de inocencia del demandado” ya que no se demostró su intervención en la celebración de la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, y (iii) No se desvirtuó la presunción de legalidad del acto enjuiciado.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Séptima Delegada (e) ante el Consejo de Estado opinó que ninguna de las excepciones propuestas en las demandas acumuladas debía prosperar e igualmente que debía declararse la nulidad del acto de elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal. Las excepciones las trabajó separadamente y respecto de cada demanda.

Excepciones de la demanda 3946:

1.- *Inepta Demanda*: Fundada en la falta de claridad, lógica y coherencia de los hechos así como en no haberse desarrollado el concepto de violación, sostuvo la colaboradora fiscal que ello no podía enervar la pretensión, ya que esos vicios los asume como propios la parte demandante; por lo demás, la demanda sí contiene las razones de la violación de las normas jurídicas invocadas.

2.- *Inexistencia de Causal de Nulidad*: Su improsperidad se presenta porque lo planteado concuerda con el fondo del tema planteado.

3.- *Inexistencia de Prueba que Demuestre la Inhabilidad*: Es un asunto que debe valorarse en la sentencia.

4.- *Inexistencia de la Inhabilidad*: Debe decidirse igualmente en la sentencia.

5.- *Falsa Motivación*: Como se refiere a la ausencia de prueba, también debe considerarse en el fallo.

Excepciones de la demanda 3949:

1.- *Caducidad de la Acción*: Aduce la colaboradora fiscal que se toma parcialmente el artículo 143 del C.C.A., pues en su conjunto se advierte que la

inadmisión de la demanda, cuando la misma se formula en tiempo, impide que se configure la caducidad de la acción, lo que así ocurrió en el sub lite.

2.- *Indebida Representación del Demandante:* Es infundado el planteamiento porque el apoderado se designó para que ejercite la acción pública de nulidad electoral, situación que lo reviste de todas las facultades inherentes a ese cometido. La cita de normas inaplicables, que no es cierto, no hacen indebida la representación del demandante.

3.- *Inepta Demanda por Falta de los Requisitos Formales:* Los defectos que presentaba la demanda fueron corregidos oportunamente en la oportunidad concedida para ello. La supuesta falta de claridad en el concepto de violación sólo conduce a que el actor asuma sus consecuencias. No se requiere publicación del acto de elección porque se profieren en audiencia y se entienden notificados allí mismo. La falta de explicación de la causal de nulidad no hace inepta la demanda puesto que los señalamientos que hace la misma permiten inferir que se trata de la genérica del artículo 84 del C.C.A., sobre violación de normas superiores.

4.- *Falta o Carencia de Legitimación en la Causa del Demandante para Solicitar la Nulidad:* No hay correspondencia entre el nombre de la excepción y lo planteado; de haberse demandados actos que no lo podían ser, solamente serán dejados de lado y se fallará sobre los que sí son susceptibles de esa declaración.

5.- *Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones:* Por tratarse de una acción pública no debe juzgarse la demanda con excesivo rigor, para facilitar el acceso a la justicia, debiendo el fallador resolver sobre las pretensiones propias del proceso electoral, desestimando las que no lo sean.

6.- *Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Acciones:* Reitera la argumentación anterior.

7.- *Carencia de Acción:* Aquí se plantean defectos de la demanda, que como se dijo fueron subsanados en su momento.

Excepciones de las demandas 3955 y 3956:

Señala que las excepciones planteadas en esta demanda ya fueron examinadas en el concepto y por eso a lo dicho se remite.

El Asunto de Fondo:

Precisa de entrada la colaboradora fiscal el objeto y la causa coincidentes en cada una de las demandas acumuladas, el cual se centra en la posible inhabilidad del demandado por haber intervenido en la celebración de contratos en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución. El material probatorio relevante que se recaudó corresponde al siguiente:

a.- Copia auténtica de la Ordenanza 003 del 22 de enero de 2003 sobre la naturaleza jurídica de la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel.

b.- Certificado expedido por el señor Juvenal Morales Pájaro, Gerente de la mencionada Empresa Social del Estado, sobre la celebración de la Orden de Servicios 316 de 2006 con el demandado, de la que sólo existen registros magnéticos en la entidad, ya que el medio físico desapareció.

c.- copia del oficio OFJ018 del 10 de abril de 2006 suscrito igualmente por el señor Juvenal Morales Pájaro en su calidad de gerente de la mencionada ESE, reiterando la información suministrada en el documento anterior.

d.- Copia simple de la citada orden de servicios.

e.- Copia simple de la cotización del servicio de transporte fechada el 22 de noviembre de 2005, dirigida por el demandado al gerente de la citada ESE.

f.- Copia simple de la cuenta de cobro.

g.- Copia simple del comprobante de egreso a favor del demandado.

Existe, entonces, certeza sobre la calidad de entidad pública de la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, así como de la calidad de congresista del demandado, lo cual permite

entrar a determinar, dice la Procuradora Delegada, si estaba incurso o no en la causal de inhabilidad citada.

El extravío de los documentos originales relativos a la Orden de Prestación de Servicios 316 del 5 de diciembre de 2005 no impide el estudio de la inhabilidad y agrega:

“Si bien es cierto que la forma escrita es formalidad del contrato administrativo y jurisprudencialmente se ha sostenido que su ausencia configura inexistencia del mismo, es decir, que en la administración pública no se puede considerar la existencia de contratos meramente verbales, considera este Despacho que la situación aquí planteada no coincide con tal postulado y, en consecuencia, nada impide considerar la existencia o no de la inhabilidad.

La conclusión anterior se hace con fundamento en que no puede confundirse la falta del requisito formal de escrituriedad con la inexistencia física de los antecedentes del contrato por extravío de los mismos; por lo demás, el tema en estudio se debe encaminar a demostrar la existencia de la causal de inhabilidad planteada por los demandantes en quien resultó elegido Representante a la Cámara, para lo cual resulta válido recurrir a toda la gama de pruebas posibles, no existe límite en los medios probatorios para la demostración de la inhabilidad; la pérdida del acto escrito y de la historia del contrato no impone concluir en la imposibilidad de demostrar la existencia de la inhabilidad, se reitera que la ausencia de los documentos físicos en los cuales consta el contrato se suple con otras pruebas, las que deberán ser apreciadas en su justo valor por el juzgador”

Seguidamente sostiene la Delegada que las pruebas permiten inferir que entre la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel y el Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, se celebró la Orden de Prestación de Servicios 0316 del 5 de diciembre de 2005, ya que el último se identifica por su nombre y cédula de ciudadanía, inferencia que se obtiene de la certificación expedida por el gerente de esa entidad departamental, así como de las copias expedidas con base en los registros magnéticos de la entidad y del testimonio rendido por la señora Elizabeth Floriano Huertas.

Califica de simplista la posición asumida por el demandado quien *“se limita a negar la celebración del contrato, sin aportar al proceso elemento que corrobore su negativa”* y su declaración no puede tomarse como fundamento para desestimar las pretensiones anulatorias; si bien dijo a través de su apoderado en la contestación de algunas demandas, que su única ocupación ha sido la de comerciante y ganadero, al respecto no se aportó ninguna prueba. Considera que

los testimonios recibidos, sin precisar cuales, no son sinceros, ya que resulta increíble que esos funcionarios en un contexto regional tan pequeño no conocieran al demandado, que es persona reconocida por su actividad comercial y política.

Lo discurrido lleva a la colaboradora fiscal a colegir que el demandado celebró dicho contrato y que ello ocurrió dentro de los seis meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, careciendo de eficacia el argumento defensivo sobre la presunta suplantación de que fue objeto del demandado *“cuando es lo cierto que las reglas de la experiencia enseña (sic) que cuando una persona ha sido suplantada en un acto jurídico, la primera reacción siempre será la de descartar la intervención, pero no la de cuestionar las probanzas con las que se pretende demostrar su intervención. Esta inusitada reacción por parte del demandado muestra su seguridad respecto a la imposibilidad de que los documentos fueran aportados, tal como luego ocurrió”*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral en única instancia está fijada por lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998 artículo 36.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La elección del Dr. JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, inscrito por el Partido Convergencia Ciudadana, se acreditó con la copia auténtica del Acta de Escrutinio General – Elecciones de 12 de marzo de 2006 – Congreso de la República, expedida en San José del Guaviare el 19 de marzo de 2006 por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, en la cual se lee:

“DECLARATORIA DE ELECCION

La comisión escrutadora departamental designada por el Consejo Nacional Electoral procede a declarar la elección de los Representantes

a la Cámara por el Departamento del Guaviare, para el periodo constitucional 2006-2010 en los señores:

JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, identificado con la cédula de ciudadanía número 18.222.881 del PARTIDO CONVERGENCIA CIUDADANA.

CONSTANTINO RODRIGUEZ CALVO, identificado con la cédula de ciudadanía número 18.223.048 de MOVIMIENTO ALAS EQUIPO COLOMBIA” (fls. 3 a 26 Exp. 3946)

3.- Las Excepciones

Decide la Sala, en primer lugar, las distintas excepciones que los apoderados judiciales del congresista Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, formularon contra cada una de las demandas acumuladas.

1.- Demanda 3946 de Alberto Morales Támara:

a.-) Inepta Demanda: Se objeta a la demanda el desconocimiento de lo previsto en el artículo 137 del C.C.A., puesto que no se expone una narración lógica y clara de los hechos de la demanda, tampoco se explica el concepto de violación y tampoco se allegan las pruebas necesarias para examinar su correspondencia con alguna de las causales de nulidad.

No comparte la Sala tales apreciaciones, pues antes al contrario la demanda formulada por el ciudadano Alberto Morales Támara con sus 31 hechos es lo suficientemente clara para ser estudiada, así como el acápite de normas violadas y concepto de la violación, donde con precisión señala la norma en la que reposa la causal de inhabilidad imputada al accionado, explicando que su configuración obedece a la intervención de éste en la celebración de la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005. Por último, la prueba que echa de menos el libelista para precisar la respectiva causal de nulidad, no puede exigirse como presupuesto de la demanda, ya que por referirse a un aspecto sustancial de carácter fáctico de la acusación su valoración sólo se puede practicar al momento de estudiar el cargo propuesto. La excepción no prospera.

b.-) Inexistencia de la Causal de Nulidad: Ninguna de las razones dadas en respaldo de esta excepción son de recibo porque: (i) La cita en la demanda de una jurisprudencia sobre inhabilidades de concejales no hace por sí sola inepta la demanda; (ii) No es cierto que la copia del acto electoral acusado no esté autenticada, basta consultar el folio 26 para corroborar la existencia de la constancia de autenticación del mismo, impuesta por la Delegada de la Registradora Nacional del Estado Civil; (iii) La prueba o no del contrato invocado como soporte de la inhabilidad alegada es asunto que sólo se puede apreciar en el fallo, no como presupuesto de la demanda; (iv) Tampoco es cierto que las acusaciones del actor no encuadren en ninguna de las causales de nulidad, puesto que la elección de un candidato inhabilitado permite la configuración de las causales especiales de los artículos 223.5, 227 y 228 del C.C.A., así como la causal genérica por violación de norma superior del artículo 84 ibídem, y (v) La naturaleza jurídica de la cotización y de la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, por corresponder al fondo del tema debatido, no puede tomarse como un medio exceptivo ya que no se trata de un hecho nuevo, cuya apreciación se hará al momento de despachar el cargo. La excepción no prospera.

c.-) Inexistencia de Prueba que Demuestre la Inhabilidad: Insiste en la inexistencia de prueba idónea sobre el contrato imputado al demandado, pero como se vio corresponde a un tema que no es constitutivo de excepción por hacer parte del *thema decidendum* de la acción, cuyo estudio se hará al despachar el cargo. Tampoco prospera la excepción.

d.-) Inexistencia de la Inhabilidad: Sostiene el excepcionante que de las pruebas presentadas no se infiere la celebración de un contrato de prestación de servicios, a lo sumo correspondería a un contrato de trabajo ocasional y transitorio por tratarse de una gestión esporádica. Es decir, el demandado sólo podría considerarse un trabajador ocasional, cuyo vínculo laboral se rige por lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, carente de efectos inhabilitatorios, entre otras razones porque no se tuvo autonomía e independencia para la realización del contrato, en pocas palabras se trataría de una relación contractual laboral.

Ya se dijo arriba que las excepciones son un conjunto de argumentos encaminados a enervar las pretensiones de la acción, aspecto este en el que en verdad concuerdan con los argumentos defensivos, por lo que podrían en un

momento dado confundirse. Con todo, la diferencia entre los mismos viene dada por la circunstancia de que la excepción incorpora hechos nuevos, desconocidos hasta entonces en el proceso, con la potencialidad de frustrar las aspiraciones del actor.

En esta oportunidad la excepción que se examina no hace cosa distinta a valorar la naturaleza jurídica de una relación contractual denunciada con la demanda, calificándola de laboral y por ello desprovista de efectos impeditivos para acceder a cargos de elección popular. Como se podrá notar, el argumento no es un hecho nuevo puesto que vuelve sobre el supuesto fáctico de la causal de inhabilidad citada con la demanda y sí pretende la realización de una valoración jurídica y probatoria de medios de prueba obrantes en el expediente, es decir no corresponde a una excepción sino a un argumento defensivo que así se valorará en su momento. Por tanto, la excepción no prospera.

e.-) Falsa Motivación: Califica así las “*conjeturas*” que en su opinión resultan de los hechos y documentos apócrifos presentados con la demanda. De nuevo acude el libelista a razones que sólo se pueden apreciar como argumentos defensivos. Por tanto, la excepción no prospera.

f.-) Innominada: Observa la Sala que con la pretensión tercera de esta demanda se solicita declarar elegido como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare al Dr. Ignacio Antonio Javela Murcia, por haber obtenido la segunda votación en la lista inscrita por el Partido Convergencia Ciudadana, la cual se asimila a la pretensión tercera de las demandas presentadas por los ciudadanos Ignacio Antonio Javela Murcia (3949) y Eduardo Velásquez Briceño (3955). Como dentro de estas demandas se propuso la excepción de Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones, al ser formalmente improcedente la acumulación de pretensiones anulatorias con otras de restablecimiento del derecho, las cuales resultan fundadas según se argumenta más adelante, la Sala declarará, de oficio, probada la misma excepción frente a la pretensión tercera de la demanda que se analiza en este acápite, debiéndose inhibir frente a la misma pero no en cuanto a las demás pretensiones, decisión que debe entenderse apoyada en las mismas razones expuestas para aquéllas demandas.

2.- Demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia:

a.-) Caducidad de la Acción: Considera el excepcionante que frente a esta demanda operó la figura jurídica de la caducidad de la acción, porque al haber sido inadmitida el cómputo del término se cuenta hasta el momento en que se radica la corrección en la secretaría.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 23 y por la Ley 446 de 1998 art. 44, la acción electoral caduca en el término de veinte días, *“contados a partir del día siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección”*. Si bien esta norma, considerada aisladamente, sólo contiene como parámetro para calcular la caducidad el del momento a partir del cual empieza a correr el término, sin especificar el momento en que finaliza o deja de computarse, una lectura sistemática de esa codificación permite llegar a la conclusión que el parámetro restante lo constituye la fecha en que la demanda se presenta al respectivo despacho, como así se puede inferir del artículo 143 *ibídem*, modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 26 y por la Ley 446 de 1998 art. 45.

“Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la caducidad de la acción.

No obstante, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en un plazo de cinco (5) días. Si así no lo hiciera, se rechazará la demanda.

Se rechazará de plano la demanda cuando haya caducado la acción.

En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.

Contra el auto que rechace la demanda procederá el recurso de apelación cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de súplica cuando sea dictado por el ponente en asuntos de única instancia.

Contra el auto admisorio sólo procederá recurso de reposición, pero si resuelve sobre suspensión provisional procederá el de apelación, cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de reposición,

cuando sea dictado por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado en única instancia.

Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil”

Aunque el primer inciso de la norma anterior podría dar lugar a alguna confusión en torno a si el término de caducidad se interrumpe desde que la misma es presentada o si desde su corrección, con los incisos siguientes no hay duda que dicho término se cuenta hasta el momento en que la demanda es presentada al despacho judicial, como así se puede verificar en su inciso segundo al establecer que la demanda corregida será admitida si se presentó dentro del término de caducidad. Además, toda duda se despeja con lo dicho en el inciso cuarto donde se establece el deber de remitir la demanda a la autoridad judicial que sea competente, aclarando que *“Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”*, de modo que bajo cualquier circunstancia la fecha que debe emplearse para calcular si ha operado o no la figura jurídica de la caducidad de la acción es la de presentación inicial de la demanda, operación en la que no tiene ninguna incidencia la fecha de radicación del escrito de corrección de la demanda ante defectos formales.

Esta es la visión que en general tiene el legislador en punto del tema discutido, ya que el mismo tratamiento es dado a las demandas que se formulan ante la jurisdicción ordinaria, como así se establece de la lectura del artículo 90 del C. de P. C., modificado por la Ley 794 de 2003 art. 10, al señalar, en lo pertinente, que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad...”*.

En suma, solamente se puede tomar como parámetro final para el cálculo de la caducidad de la acción la fecha en que es presentada la demanda, bien sea que la misma sea inadmitida para su posterior corrección por razones de índole formal, o ya porque siendo presentada ante quien carece de competencia este debe remitirla al juez competente; en cualquier evento la caducidad de la acción se calcula hasta la fecha en que es presentada la demanda, momento que definirá si su arribo a la jurisdicción fue oportuno o extemporáneamente.

El acto de elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare se profirió en la audiencia de

escrutinios que aparece contenida en el Acta de Escrutinio General – Elecciones de 12 de marzo de 2006 – Congreso de la República (fls. 162 a 185), llevada a cabo el día 19 de marzo de 2006, de modo que por tratarse de un acto administrativo que se expide en audiencia pública y se notifica en estrados, el cómputo del término de caducidad corre a partir del día siguiente a la misma, lo que en este caso equivale a decir que el término de caducidad corrió a partir del 21 de marzo y finalizó el 24 de abril de 2006. Por tanto, al haberse presentado la demanda, según constancia impuesta por la secretaria de la Sección al respaldo del folio 155, el día 19 de abril de 2006, es dable colegir que ella se presentó oportunamente, antes de configurarse la caducidad de la acción, demostrándose así que la excepción carece de fundamento.

b.-) Indebida Representación del Demandante: Sostiene el libelista que su configuración opera porque el poder se confirió para adelantar la acción pública de nulidad electoral del artículo 84 del C.C.A., pero en la corrección de la demanda se involucraron como actos demandados los formularios E-24 y E-26 declarativos de la elección.

Se advierte en la excepción que el demandado cuestiona el ejercicio del poder conferido por el accionante, calificándolo de desbordado o empleado para fines que escapan al objeto del mismo por haber involucrado las actuaciones contenidas en los formularios aludidos. Sin embargo, el legislador fue preciso en señalar en el numeral 7 del artículo 140 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 art. 1 num. 80, aplicable al sub lite en desarrollo del principio de integración normativa (C.C.A. art. 267), que lo relativo a la indebida representación por parte de los apoderados judiciales, sólo será sancionable a través de nulidad cuando se presente “*carencia total de poder para el respectivo proceso*”, lo que se traduce en que las presuntas irregularidades que pueda contener ese acto son ineficaces o carecen de alcance jurídico frente al ejercicio de la acción.

Además, examinada la situación desde el punto de vista material ninguna irregularidad reviste el hecho de que el escrito de corrección de la demanda presentado el 2 de mayo de 2006 (fls. 160 y 161), modifique las pretensiones de la demanda en el sentido de que “*se declare igualmente la nulidad de los formularios E-24 y E-26 en cuanto declaro (sic) la elección de JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL, como Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare para el periodo 2006-2010*”, puesto que allí el apoderado accionante no hizo cosa distinta a acatar la orden impartida por la Consejera sustanciadora mediante auto del 25

de abril de 2006 (fls. 158 y 159), que inadmitió la demanda porque precisamente no se habían demandado esos actos administrativos, en los que se contenía la declaratoria de elección acusada.

Y, por último, tanto la demanda como su corrección se avienen a los dictados del artículo 229 del C.C.A., que impone la carga procesal de individualizar el acto acusado, identificado como aquel por medio del cual se declara la elección, pues bien claro se establece que las pretensiones se enderezan a obtener la nulidad de la elección del citado congresista que aparece declarada en esos formularios. Por tanto, la excepción no prospera.

c.-) Ineptitud de la Demanda por Falta de Requisitos Formales: Para el excepcionante la demanda es inepta porque no cumple los requisitos previstos en los artículos 137, 138, 228 y 229 del C.C.A., dando razones que la Sala no comparte a saber: (i) No es cierto que la demanda carezca de fundamentos de hecho o no explique el concepto de la violación, puesto que la misma contiene 17 hechos claramente expuestos e igualmente en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación se invocan los artículos 179.3 de la Constitución y 279 de la Ley 5ª de 1992, exponiéndose subsiguientemente las razones por las cuales la orden de servicios pluricitada inhabilitaba al demandado para ser elegido como congresista; (ii) La falta de individualización del acto acusado se desestima con fundamento en los argumentos esgrimidos frente a la excepción anterior; (iii) No es viable exigir con la acción electoral aportar constancia de notificación y ejecutoria del acto acusado, puesto que se trata de un acto proferido en audiencia pública y notificado en estrados, merced a que la declaración de elección es la culminación del proceso administrativo de los escrutinios, que según lo dispuesto en el Código Electoral se cumple en audiencias públicas a las que pueden asistir distintas autoridades, así como los candidatos, sus apoderados, los testigos electorales, etc.; (iv) La falta de precisión de la causal de nulidad no es cierta y de serlo sería irrelevante; en efecto, en el capítulo de Competencia y Procedimiento (fl. 154), se invoca el artículo 228 del C.C.A., lo cual restringe al máximo el marco normativo de búsqueda de las causales de nulidad, resultando a raíz de ello verdaderamente fácil establecer que la configuración de la causal de inhabilidad presentada con la demanda daría paso a la causal de inelegibilidad del candidato, que igual remite a la causal de nulidad del numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., y de ser cierto que hubo omisión al respecto debe hacerse prevalecer el derecho sustancial (C.P. art. 228) y el derecho fundamental de acceso a la administración

de justicia (C.P. art. 229), de modo que si el cargo se formula de manera plena, tanto en lo argumental como en lo normativo, la ubicación de esa situación en una causal de nulidad no afecta el principio de la justicia rogada, dado el reducido universo normativo que deberá consultarse; y (v) La indebida individualización del acto acusado es tema descartado por lo ya expuesto. Por tanto, la excepción no prospera.

d.-) Falta o Carencia de Legitimación en la Causa del Demandante para Solicitar: Su improsperidad es manifiesta dado que insiste en que los formularios E-24 y E-26 no son demandables en acción electoral, asunto sobre el que la Sala ya se pronunció.

e.-) Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones: Para el apoderado del demandado las pretensiones primera y tercera no son acumulables porque la una se rige por el proceso especial electoral en tanto que la otra se tramita por el procedimiento ordinario, además de que la última sería del conocimiento del Tribunal o del juez administrativo por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Volviendo al principio de integración normativa que incorpora al código contencioso administrativo las normas pertinentes del procedimiento civil y que para el caso de la acumulación de pretensiones se refuerza con lo dicho en el artículo 145 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 7, debe señalarse que con apoyo en lo prescrito en el artículo 82 del C. de P. C., la acumulación de pretensiones se rige por tres reglas a saber: (i) Que el juez tenga competencia para conocer de todas; (ii) Que no se repelan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y (iii) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Para determinar el grado de compatibilidad entre las pretensiones primera y tercera de la demanda es necesario establecer qué temas comprende el objeto de la acción de nulidad electoral.

El objeto del contencioso de nulidad electoral está identificado en los artículos 228 y 229 del C.C.A., en los que claramente se precisa que si un candidato carece de las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo o fuere inelegible por alguna circunstancia, podrá pedirse a esta jurisdicción *“la nulidad de la elección”*, lo cual se reitera y se hace aún más preciso en la última norma cuando se ordena que de pretenderse la nulidad de una elección o un registro electoral es necesario que se demande exactamente *“el acto por medio del cual la*

elección se declara”. Es decir, que en el contexto del proceso electoral su objeto, cuando de elecciones populares se trata, está dado precisamente por aquél acto administrativo que declara la elección.

Si bien la anterior sería la pretensión autónoma a invocar en el contencioso de nulidad electoral, existen otras pretensiones que pueden calificarse de tributarias o derivadas de aquélla, tales como la práctica de nuevos escrutinios y la expedición de credenciales, cuando haya lugar a ello (C.C.A. arts. 247, 248 y 249). Es decir, a lo sumo el proceso de nulidad electoral podría encerrar en su objeto las pretensiones de nulidad del acto electoral (principal) y las de práctica de escrutinios o cancelación de credenciales cuando fueren procedentes (subordinadas o derivadas).

Ahora bien, la pretensión primera de la demanda persigue la nulidad del acto de elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, por el período constitucional 2006-2010, en tanto que la pretensión tercera aspira a que en fallo se disponga que *“se declare elegido al señor IGNACIO ANTONIO JAVELA MURCIA, candidato a la misma Corporación quien ocupo (sic) el segundo lugar en votación del mismo Partido Político, para el periodo 2006-2010 en los términos y condiciones indicadas en el acta respectiva”*. Fácilmente advierte la Sala que la pretensión anterior es incompatible con la principal de nulidad de la elección señalada, puesto que la misma persigue un restablecimiento del derecho, que como lo anota el excepcionante demanda un trámite distinto al previsto para el contencioso de nulidad electoral, sin olvidar por supuesto que se trata de un tema enteramente ajeno al objeto de esa especie de la acción de simple nulidad.

A esta irregularidad debe aplicársele una solución proporcionalmente constitucional, que haga honor a la prevalencia del derecho sustancial (C.P. art. 228) y que no sacrifique el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 Ib.). Por tanto, como sobre la pretensión principal, referida a la nulidad de la elección del congresista demandado, la Sala tiene competencia por tratarse de una autoridad del orden nacional (C.C.A. art. 128 num. 3), la decisión inhibitoria únicamente cobijará la pretensión tercera, conservándose la competencia en lo demás. Este problema jurídico ha sido abordado en estos términos de tiempo atrás.

“Es verdad que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del Código Contencioso Administrativo y 7° de la ley 14 de 1988, y, en ciertos casos, a disponer la práctica de un nuevo escrutinio, cuya ejecución corresponde al Consejo de Estado o a los tribunales, según los casos, y a otorgar nuevas credenciales y cancelar las iniciales, según lo establecido en los artículos 247, 248 y 249 del mismo Código. La solicitud de restablecimiento del derecho que se alegue violado sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Pero cuando impropia­mente se acumulan pretensiones en uno y otro sentido, contra lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, advierte la Sala, cuando pueda entenderse la demanda y resolverse acerca de algunas de sus pretensiones, así debe hacerlo el juez, e inhibirse sólo para decidir acerca de las demás.

“Para el caso, entiende la Sala que la demanda se dirige, principalmente, a obtener la declaración de nulidad del acto de elección, de manera que sólo decidirá acerca de la misma, pues nada impide un pronunciamiento de mérito al respecto; y habrá de inhibirse acerca de las pretensiones de restablecimiento del derecho”¹

En resumen, la Sala acogerá parcialmente la excepción estudiada, declarándola probada únicamente frente a la tercera pretensión, frente a la cual se dictará un fallo inhibitorio.

f.-) Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Acciones: Señala el libelista que las pretensiones primera, segunda y cuarta corresponden a la acción de nulidad electoral, en tanto que la pretensión tercera alude a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como se trata de argumentos afines a los expuestos en la excepción anterior, la Sala se remite a lo dicho allí.

g.-) Carencia de Acción: La carencia de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, tal como lo señala el excepcionante, es asunto directamente relacionado con el fondo del cargo propuesto con la demanda, motivo por el que se estudiará como tal.

h.-) Falta del Debido Proceso: El argumento según el cual la demanda se admitió con auto del 18 de mayo de 2006 sin cumplir los requisitos formales, inobservando lo dispuesto en el artículo 143 del C.C.A., se desestima porque se trata de una imputación etérea, además de tratarse de una situación no constitutiva de

¹ Sentencia del 2 de junio de 1996. Expediente 1558. Esta posición jurídica se ha conservado en la Sección, circunstancia que se puede corroborar consultando las sentencias proferidas el 3 de marzo de 2005 (Exp. 3145) y el 4 de mayo de 2007 (Exp. 4013).

excepción y porque el control formal de la demanda se hizo por la Consejera sustanciadora a través del auto del 25 de abril de 2006 que inadmitió la demanda, junto con el auto del 18 de mayo del mismo año en que la Sala determinó admitirla.

De igual forma, lo relativo a los supuestos errores en que se pudo incurrir en la notificación al demandado, tampoco se trata de hechos nuevos dirigidos a enervar las pretensiones de la demanda, por mucho serían defectos procesales sancionables con nulidad por configurarse la causal del numeral 8 del artículo 140 del C. de P. C., por practicarse indebidamente la notificación del auto admisorio de la demanda. Sin embargo, examinado el expediente encuentra la Sala que el accionado se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el 28 de agosto de 2006 (fl. 257), compareciendo directamente a la Secretaría de la Sección, actuación que al no presentar ninguna irregularidad permite deducir que se trata de un reproche manifiestamente infundado. Esta excepción tampoco prospera.

i.-) Genérica o Innominada: La Sala no avizora ninguna circunstancia que deba ser declarada como excepción.

3.- Demanda 3955 de Eduardo Velásquez Briceño:

a.-) Caducidad de la Acción: Esta excepción se fundamenta en los mismos razonamientos expuestos para la que con igual nombre se propuso dentro de la demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia, consistentes en que por haber sido inadmitida la presentación inicial no interrumpió el término de caducidad, de modo que para la fecha en que se corrigió ese fenómeno extintivo ya había operado.

Por razones de economía procesal la Sala se remite a los argumentos vertidos frente a la mencionada excepción, los que en síntesis pregonan que el término de caducidad hasta la fecha de presentación de la demanda, sin que pueda admitirse que su inadmisión produzca el efecto de trasladarlo para etapa posterior. Así, como se dijo arriba, el acto de elección se expidió el 19 de marzo de 2006, notificado en la misma audiencia, finalizando el término de caducidad el 24 de abril del mismo año, de modo que habiéndose presentado la demanda el 21 de abril de

2006 es claro que la caducidad no se había configurado. Por tanto, el cargo no prospera.

b.-) Ineptitud de la Demanda por Falta de Requisitos Formales: El demandado sustenta esta excepción acudiendo a los mismos argumentos planteados en la excepción identificada con el literal c) de la demanda anterior, los que se desestiman con fundamento en las mismas razones dadas por la Sala en esa oportunidad, sobre todo porque la demanda no acusa ninguna de las deficiencias que se le endilgan, en especial porque contiene una narración fáctica que se compone de cinco capítulos y 39 hechos suficientemente claros, además de que el concepto de la violación de las normas invocadas no ofrece la oscuridad que el apoderado del demandado le endilga. En lo demás, como ya se dijo, se remite la Sala a lo argüido para la misma excepción de la demanda anterior.

c.-) Falta o Carencia de Legitimación en la Causa del Demandante: Tomando en cuenta lo solicitado con la pretensión tercera de la demanda, que califica como de nulidad y restablecimiento del derecho por perseguir la declaración de elección del Dr. Ignacio Antonio Javela Murcia quien vendría a ocupar la curul del demandado, asegura el libelista que el accionante, pese a tratarse de una acción pública, ha debido contar con poder especial otorgado por dicho beneficiario.

El contencioso de nulidad electoral es una acción pública y su finalidad está marcada por el deseo de controlar objetivamente la legalidad de los actos administrativos relativos a la materia, para lo cual están legitimados todos los ciudadanos, pues como lo preceptúa el artículo 40 Constitucional esa calidad permite a las personas *“Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”* (num. 6). Coherente con lo anterior es el contenido del artículo 227 del C.C.A., que en punto de la acción de nulidad electoral no precisa de la acreditación de una legitimación para promover ese tipo de acciones, al consagrar:

“Artículo 227.- Podrá ***cualquier persona*** ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos” (Resalta la Sala)

Lo dicho hasta el momento se ratifica con lo dispuesto en el artículo 235 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 art. 59, al permitir a “*cualquier persona*” la participación como tercero interviniente en los procesos electorales, bien sea como coadyuvante de las pretensiones de la demanda o ya para prohiar la presunción de legalidad del acto administrativo electoral acusado.

En definitiva, quien se interese en demandar actos electorales acudiendo a la acción pública de nulidad electoral sólo debe cumplir la exigencia constitucional de ser ciudadano en ejercicio (art. 40) y no más. No es necesario que demuestre una legitimación especial, ni siquiera cuando como resultado de la eventual declaración de nulidad puedan derivarse derechos frente a terceros, Vr. Gr., como el del candidato no elegido que formando parte de la misma lista inscrita por el partido o movimiento político que inscribió al inelegible, resulta llamado a ocupar la curul de aquél cuya elección se anula.

Así las cosas, al no ser cierto que el demandante en las acciones públicas de nulidad electoral deba acreditar su legitimación por los eventuales efectos de la decisión invalidatoria, debe colegirse que la excepción no prospera.

d.-) Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones: Esta excepción coincide con la excepción llamada en igual forma y que se ubica en el literal e) de las propuestas en la demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia, planteándose la incompatibilidad entre las pretensiones primera y tercera, ya que en aquélla se pide la nulidad de la elección del demandado, en tanto que ésta solicita la declaración de elección del Dr. Javela Murcia en su reemplazo, tramitándose la primera por el proceso especial electoral y la segunda por el proceso ordinario.

Por esa correspondencia existente entre esta excepción y la formulada contra la demanda 3949, y como quiera que efectivamente el contenido de esas pretensiones es el indicado, la Sala tendrá como fundada la excepción con base en los argumentos allí esgrimidos, debiéndose inhibir respecto de la tercera pretensión para decidir sobre las demás.

e.-) Excepciones Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Acciones, Carencia de Acción, Falta del Debido Proceso y la Genérica o Innominada: Estos medios exceptivos coinciden perfectamente con los presentados contra la

demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia, motivo por el cual la Sala los niega con remisión a los argumentos que respecto de los mismos se dieron en esta providencia, entre otras razones porque los patrones fácticos de esta demanda se asimilan a los de aquélla. Los cargos no prosperan.

4.- Demanda 3956 de Fernando Vargas Mendoza:

El mismo apoderado designado por el demandado para contestar la demanda 3946 de Alberto Morales Támara contestó esta demanda, proponiendo las mismas excepciones que allí planteó: (i) Inepta Demanda, (ii) Inexistencia de Causal de Nulidad, (iii) Inexistencia de Prueba que Demuestre la Inhabilidad, (iv) Falsa Motivación y (v) Innominada. Están basadas en los mismos argumentos y los defectos formales que señalen son igualmente inexistentes en esta demanda, razón por la que la Sala decide negarlas acudiendo a los razonamientos dados en esta providencia para desestimar las excepciones de la demanda 3946.

4.- Cargo Unico: Elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, por haber intervenido en la celebración de contratos estatales

Todas y cada una de las demandas formuladas por los ciudadanos Alberto Morales Támara (3946), Ignacio Antonio Javela Murcia (3949), Eduardo Velásquez Briceño (3955) y Fernando Vargas Mendoza (3956)² presentan como cargo único la intervención del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal en la celebración del contrato – Orden de Servicios 0316 del 1º de diciembre de 2005 con la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, con el cual se dio lugar a la configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, cuyo texto expresa:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas: (...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, **o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros**, o hayan sido representantes legales de

² Aunque con esta demanda se formula como segundo cargo la Violación al derecho a la igualdad, la Sala lo abordará conjuntamente con el de intervención en celebración de contratos (art. 179 num. 3 C.P.), puesto que la afectación a ese derecho la deriva el libelista de la supuesta participación en un contrato estatal, sustrato fundamental del cargo principal.

entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, **dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.** (...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5" (Negrillas de la Sala)

Consideran los accionantes que la elección del Dr. Díaz Bernal como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Guaviare está viciada de nulidad, debido a que su intervención en la orden de servicios 0316 del 1º de diciembre de 2005 no solo lo hace incurrir en la causal de inhabilidad que se acaba de citar textualmente, sino que lo hace inelegible a términos de lo previsto en los artículos 223.5, 227 y 228 del C.C.A., que claramente determinan que no podrán acceder a la dignidad de congresista quienes sean calificados por la legislación como inelegibles o con algún impedimento para serlo.

La defensa procura conservar la presunción de legalidad que acompaña al acto de elección del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare (2006-2010), alegando que (i) la orden de servicios, por ser unilateral, no puede tomarse como contrato estatal, (ii) por ser el contrato estatal un acto solemne, se requiere del medio escrito que lo contenga, el cual no existe, (iii) las informaciones emanadas de algunos funcionarios de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, que dan cuenta de la existencia de ese contrato, no pueden apreciarse como medios de prueba por ser inconducentes a términos del artículo 199 del C. de P. C., (iv) el demandado, en lo que respecta a la orden de servicios 0316, fue objeto de suplantación, y (v) las veredas allí aludidas no hacen parte del municipio de San José de Guaviare.

Atendiendo a la dialéctica suscitada con este proceso, en el que se aprecian tesis y antítesis de una y otra parte, con miras a resolver el caso la Sala desarrollará su argumentación a través de los siguientes ítems: a.- Generalidades de la Causal de Inhabilidad; b.- Contrato Estatal con Plenas Formalidades y Sin Plenas Formalidades; c.- Idoneidad de los Medios Electrónicos para Probar Contratos Sin Plenas Formalidades; d.- Valoración de Medios Probatorios Relevantes, y e.-

Conclusiones. A lo largo de estos temas se irán desarrollando los diferentes problemas jurídicos que plantea esta confrontación jurídica, tales como si la pérdida o hurto de los documentos físicos relacionados con la orden de servicios 0316 de 2005, es un obstáculo insalvable para probar la existencia de esa relación contractual y si se dan los presupuestos necesarios para la configuración de la causal de inhabilidad imputada al demandado. En fin, será el siguiente análisis el que lleve a la Sala a una conclusión sólida de si hay o no lugar a anular la elección acusada.

a.-) Generalidades de la Causal de Inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política

Esta causal de inhabilidad, en lo que respecta al cargo formulado, tiene asidero normativo en el numeral 3 del artículo 179 Constitucional y se ocupa de señalar, con carácter imperativo, que no podrán acceder a la dignidad de congresistas las personas que dentro de los seis meses anteriores la fecha de la elección hayan intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, y aunque allí mismo no se hace una delimitación geográfica de la circunscripción donde ello debe ocurrir, en los dos incisos finales del artículo 179 sí se fijan las pautas o reglas a seguir en torno a la determinación de ese ingrediente normativo de la causal de inhabilidad.

En efecto, allí se prevé que la inhabilidad del numeral 3, entre otras, se concreta en *“situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”*, lo que al primer golpe de vista llevaría a suponer, por ejemplo, que de acusarse la elección de un representante a la cámara por una circunscripción departamental, el contrato que se le impute como inhabilitante ha debido celebrarse con una entidad del nivel departamental; sin embargo, no puede dejar de considerarse lo dispuesto en el último inciso que dispone: *“Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º”*. Esto, sin duda, es una muestra clara de que la asimilación de circunscripciones, entre la nacional y las territoriales, en punto de inhabilidades, opera de manera generalizada salvo para la del numeral 5 que alude a los vínculos por parentesco o matrimonio o unión permanente con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Como la excepción opera únicamente para dicha inhabilidad (5), es procedente señalar que la causal de inhabilidad del numeral 3, que interesa a los procesos acumulados, se configura si el congresista demandado ha intervenido, dentro de los seis meses anteriores a su elección, en la celebración de un contrato estatal con una entidad pública, bien sea que se trate de una entidad del nivel departamental o del nivel municipal, pues ese es el sentido que el constituyente imprime a la última parte del artículo 179 cuando consigna que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales (salvo el numeral 5), es decir que en materia de contratación para un representante a la cámara elegido por circunscripción territorial, igual lo inhabilita el que celebre con una entidad del nivel seccional o con una entidad del nivel local, pertenecientes a la misma circunscripción por la que resulta elegido.

Ahora, la finalidad perseguida por el constituyente cuando decide inhabilitar a aquellos candidatos que, dentro de un término prudencial, han celebrado un contrato con una entidad pública, no es otra que realizar postulados dogmáticos de la Constitución de 1991, en particular aquellos que buscan *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida..., política,...de la Nación”* (art. 2), y el pleno ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40), lo cual es posible y legítimo si se cumple en términos de igualdad, es decir, matizando esa regla general que habla del principio de la capacidad electoral, con el derecho a la igualdad (art. 13), de modo que ninguno de los candidatos pueda inclinar la balanza a su favor con el empleo de factores de poder derivados del propio Estado.

Uno de esos factores de poder, sin duda, está representado en el celebración de contratos con las entidades públicas, puesto que no solo se ponen al servicio del contratista recursos económicos derivados del erario, sino también porque la imagen del contratista y eventual candidato resulta favorecida con la opinión que los potenciales electores se forman de él, identificado como persona de gran ascendencia en la administración pública y facilitador, en algunos casos, del desarrollo social a través de la ejecución de obras públicas de interés general. Por lo mismo, la doctrina constitucional ha expresado:

“De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto,

un contratista, por el hecho de adelantar obras de utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política. Por esta razón resulta también aceptable que la ley exija un término prudencial antes de que pueda llegar ser alcalde una persona que ha participado en contratos que interesen a la administración municipal”³

No se requieren mayores elucubraciones para deducir que el candidato contratista, frente a quien no lo ha sido, gana un terreno importante en términos electorales, quebrantando el derecho a la igualdad, pues como se ha dicho, quien ha tenido a su alcance ese factor de poder dentro del término respectivo, resulta ser un candidato más atractivo para el electorado, no por atributos políticos intrínsecos sino debido a un factor que le es ajeno y que en realidad emana del Estado, que dada la imparcialidad que debe mantener frente a los certámenes electorales llevó a que el constituyente inhabilitara a esas personas, en procura de unas justas democráticas transparentes y equitativas.

Así las cosas, la configuración de la inhabilidad que es objeto de examen depende de la satisfacción de los siguientes presupuestos: a.- La intervención del demandado en la celebración de un contrato con una entidad pública; b.- En tratándose de la elección de Representantes a la Cámara que esa entidad sea del nivel departamental o municipal, y c.- Que el contrato se haya celebrado dentro de los seis meses anteriores a la elección. La valoración de la acreditación de estos requisitos será realizada por la Sala en el acápite pertinente.

b.-) Contrato Estatal con Plenas Formalidades y Sin Plenas Formalidades

El contrato estatal, que fundamentalmente se rige por lo dispuesto en la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, se caracteriza por perseguir una finalidad distinta de la que inspira a los particulares y porque el principio de la autonomía de la voluntad experimenta serias restricciones, que no le son impuestas a los particulares cuando deciden involucrarse en una relación negocial.

La finalidad de la contratación estatal viene dada por el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y de allí puede extractarse que las entidades públicas deben procurar el

³ Corte Constitucional. Sentencia C-618 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

cumplimiento de los fines estatales, así como garantizar que la prestación de los servicios públicos sea permanente y se cumpla eficientemente, asegurando al mismo tiempo los derechos de los contratistas, quienes son calificados como unos colaboradores de la administración en la materialización de esos fines.

En cuanto a la autonomía de la voluntad es necesario destacar que en el contrato estatal su presencia es menor, debido a que si bien algunos aspectos del mismo pueden ser objeto de negociación, hay otros que responden a reglas rígidas que deben observarse para que su legalidad no surja con algunos vicios que luego podrían llevar a su anulación. Dentro de las múltiples restricciones a que está sometido el contrato estatal están las relativas a las formalidades a seguir. Existe en ese contexto una regla general que está consagrada en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 y que en lo pertinente dice:

“Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

(...)

PARAGRAFO.- No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

(...)

En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto” (Resalta el Despacho)

El legislador, para efectos prácticos, distinguió entre los contratos con plenas formalidades y aquellos que pueden surgir a la vida jurídica sin plenas formalidades, materia que fue desarrollada por el Presidente de la República con la expedición del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994 *“por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993”*, en el que se reprodujo la norma anterior con algunas precisiones:

Artículo 25.- De los contratos con formalidades plenas. De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, **se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el Parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80.**

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 **se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación de acuerdo con la ley.**

Las órdenes a que se refiere dicho artículo deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder al registro presupuestal del acto, cuando a ello haya lugar, y podrán contener las demás estipulaciones que las entidades estatales consideren necesarias de acuerdo con la ley. Adicionalmente el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley. Para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas no será necesario la expedición de una resolución de reconocimiento y pago”

Así, una es la regla general del contrato estatal con plenas formalidades, que como bien lo indica la norma se caracteriza porque puestas las partes de acuerdo en los elementos esenciales del contrato, como mínimo, y realizadas las publicaciones previstas en el parágrafo 3 del artículo 41 ibídem, éste es llevado a escrito, rubricado tanto por el representante legal de la entidad contratante, como por el contratista, lo cual permite decir que por la regla general el acuerdo de voluntades es vertido coetáneamente por las partes con unidad material y temporal, de modo que por lo primero el acuerdo de voluntades formalmente converge en un mismo instrumento que es el contrato como materialidad, en tanto que por el aspecto temporal la coincidencia se da en la fecha, puesto que las partes interesadas terminan celebrando el contrato estatal en un mismo momento, que corresponde al día en que tanto el representante legal de la entidad como el contratista de manera solemne se comprometen al cumplimiento de las obligaciones recíprocas estampando sus firmas en el documento contentivo del acuerdo de voluntades.

Por su parte, el contrato sin plenas formalidades es igualmente una modalidad del contrato estatal que destaca el interés puesto por el legislador en el funcionamiento eficiente de la administración pública, de suerte que flexibiliza

algunas de las formalidades inherentes al contrato con plenas formalidades. Su fuente, al igual que el anterior, está en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, específicamente en su párrafo, en el cual se habilita acudir a esa forma simplificada de contrato estatal en consideración a un factor objetivo como es la cuantía, eventos en los cuales *“las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto”*. Consideró el legislador, entonces, que la contratación estatal de las entidades públicas, que se enmarcara en parámetros objetivos que podrían llamarse de baja cuantía, no estuvieran estrictamente sujetos a los mismos procedimientos y formalidades previstos para los contratos de plenas formalidades, inspirados de seguro en que las necesidades que por esa vía irían a satisfacerse podrían ser atendidas con prontitud.

En efecto, tal como lo desarrolló el Presidente de la República en su Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, el contrato sin formalidades plenas, que igualmente es bilateral, se caracteriza porque formalmente se materializa en un escrito que contiene una *“orden”* que libra unilateralmente la administración pública con destino a los contratistas que puede ser de obra, trabajo, bienes o servicios, en la que se precisa al contratista como mínimo el objeto del contrato y la contraprestación que recibirá por el cumplimiento del mismo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 bajo el cargo de que *“al eliminar de plano el contrato escrito y la obligación de llevarlo a escritura pública incorpora una informalidad excesiva que propicia la corrupción y la inmoralidad, atentando contra los principios constitucionales de la función administrativa”*, lo halló conforme al ordenamiento superior según los siguientes razonamientos:

“Nada impide que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración haya decidido que en eventos como los regulados en el párrafo impugnado sea improcedente celebrar contrato con las formalidades plenas, toda vez que se trata de una medida razonable que pretende imprimirle celeridad, eficacia y economía a la gestión contractual de la administración pública, objetivos éstos que son consecuentes con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley Fundamental.

En efecto, el señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva, sino como una manera de

hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: una cosa es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma^a. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual.

Ahora bien, **si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.**

Así, pues, no siendo irrazonable tal determinación ni contraria a los postulados superiores, se declarará su constitucionalidad⁴ (Negrillas de la Sala)

Se infiere de lo dicho hasta el momento, que la diferencia fundamental entre los contratos con y sin plenas formalidades está en que en los primeros, la ley exigió la solemnidad de que conste en documento escrito que necesariamente debe ir firmado por ambas partes (administración y contratista), en el que se señalen sus elementos esenciales y que esté acompañado de las demás formalidades previstas en el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993; mientras que en los segundos, basta la existencia de un escrito que emane del representante legal de la entidad pública en el que imparta una orden dirigida al contratista para la realización de obras, trabajos o el suministro de bienes o servicios y en el que le fije el valor de la contraprestación que recibirá, el cual no requiere que esté suscrito por las dos partes.

^a *Reflexión tomada del libro de derecho Administrativo de Roberto Dromi. Ediciones Ciudad Argentina 1994. Página 217*

⁴ *Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001.*

c.-) Idoneidad de los Medios Electrónicos para Probar Contratos Sin Plenas Formalidades

Es dable sostener que los contratos sin plenas formalidades no pueden estar sometidos a la rigidez probatoria encarnada en el artículo 265 del C. de P. C., que tratan del instrumento público *ad substantiam actus* así:

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público”

Al contrario, el contrato sin plenas formalidades, a pesar de tratarse de un contrato bilateral, legalmente su celebración está representada en una orden librada por la administración a uno de sus colaboradores o contratistas y por no estar sujeta a la acreditación a través de un documento que recoja las firmas de ambas partes, goza de la libertad de demostración a través de cualquier forma de prueba documental que emane de la administración pública, en que se dé cuenta de la expedición de esa orden. Se enfatiza en que si bien existe la libertad de medios en el régimen probatorio colombiano (C. de P. C. art. 175), tampoco puede llegarse al extremo de sostener que este tipo de contratos estatales pueda acreditarse con cualquier medio de prueba, pues al disponer el inciso 2 del numeral 25 del Decreto 679 de 1994 que *“se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad”*, está determinando claramente que el contrato sin plenas formalidades debe obrar por escrito o si se prefiere debe constar documentalmente.

Ahora bien, el hecho de que en el contrato sin plenas formalidades la orden de prestación de servicios deba constar por escrito conduce a indagar si solamente se puede acreditar documentalmente, entendiendo por este el medio físico, o si es jurídicamente posible que el medio físico pueda reemplazarse u obtenerse a través del medio magnético dados los avances informáticos registrados en los últimos tiempos y de los que no se ha marginado la administración pública en general.

El artículo 251 del C. de P. C., que responde a la expedición de los Decretos 1400 y 2019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1970 respectivamente, define a través

de ejemplos lo que ha de entenderse por documento, incluyendo allí los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías y en fin *“todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”*. Esto es, el documento lo es porque de una parte es una cosa mueble, es decir de aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro por sí mismas -cosas animadas- o por una fuerza externa -cosas inanimadas- (C.C. art. 655), y de otro lado porque puede ser declarativo o representativo, de modo que en el primer caso se contendrán en el documento declaraciones o manifestaciones de voluntad efectuadas por las personas, en tanto que en el segundo el documento será depositario de gráficos o representaciones distintas de las anteriores.

No obstante haber transcurrido más de treinta años desde la expedición del Código de Procedimiento Civil, considera la Sala que las definiciones que allí se plasman sobre el documento bastarían para comprender los avances tecnológicos que permiten actualmente contar con documentos electrónicos o documentos en medio magnético, pues siguen siendo declarativos o representativos, e igualmente se trata de cosas muebles del tipo inanimadas en virtud a que si bien algunos programas pueden llevar a imprimir dinámica al manejo de la información, ello sólo es posible ante la presencia de una fuerza externa que es la suministrada por el programador y el ejecutor del programa según corresponda.

Con todo, desde la expedición de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia-, se contempló para la Rama Jurisdiccional en general la posibilidad de *“utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”*, con lo que se abrió la posibilidad de que los medios probatorios igualmente incluyeran al documento electrónico o documento en medio magnético, que sin duda en determinadas circunstancias puede reemplazar al documento en medio físico. A través de la Ley ordinaria 527 del 18 de agosto de 1999 *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”*, se hicieron importantes avances en punto del valor probatorios de los documentos en medio magnético, puesto que su ámbito de aplicación cobija *“todo tipo de información en forma de mensaje de datos”*, excepción hecha de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y ciertas advertencias escritas que por disposición legal deban obligatoriamente ir impresas para determinados

productos debido al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo (art. 1).

Define, igualmente, lo que ha de entenderse por Mensajes de Datos, incluyendo allí la *“información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”* (art. 2), a los cuales no se puede desconocer valor jurídico puesto que el artículo 5 ibídem es claro en señalar que *“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*, prescripción que dada su claridad no merece comentarios adicionales.

La legislación que se ha expedido para reconocerle el valor probatorio a los mensajes de datos o a los documentos vertidos en medio magnético, ha dado lugar al manejo del concepto de *“equivalente funcional”*, con el cual se busca precisar que el medio electrónico se toma como sucedáneo del medio físico, a tal punto que para el legislador el medio electrónico, desde que se asegure la información, representa el mismo valor probatorio del documento físico, con lo cual se procura seguridad en el intercambio de información y con ello facilitar la eficiencia que desde luego ofrecen los avances tecnológicos.

Sobre esta figura ha dicho la doctrina constitucional:

*“Tal progreso ha dado lugar en el campo del Derecho a la figura del documento electrónico, el cual según una autora colombiana “está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación, y transmisión; tal instrumento está constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina de dicho documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela, y la red de terminales de computador que permiten su transmisión”*⁵

Consciente de la nueva realidad tecnológica y social, el legislador colombiano expidió la Ley 527 de 1999, *“por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de*

⁵ GUERRERO, María Fernanda. *El mercado de valores desmaterializado (aspectos técnico-legales). Ponencia del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. Santiago de Chile, 17 al 20 de Abril de 1994, Ps. 14-15.*

certificación y se dictan otras disposiciones". Esta ley acoge el Modelo de Ley sobre Comercio Electrónico aprobado en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).⁶

Dicha normatividad se funda en el criterio de la *equivalencia funcional*, en virtud del cual se adoptan en el campo jurídico los nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, con sus ventajas de rapidez y economía, en la medida en que ellos cumplan las mismas funciones y permitan alcanzar los mismos objetivos que realizan y se logran con los medios tradicionales. Respecto de este criterio la Corte expresó:

"El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

"Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

"En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley."^{7,8}

También agregó sobre el particular:

"En este sentido considera la Corte necesario precisar el alcance de la noción de equivalencia funcional en la que se inspira la disposición objeto de análisis en este proceso, a la que se refirió esta Corporación en la Sentencia C-662 de 2000 y a la que alude la guía de aplicación de la ley modelo de UNCITRAL de comercio electrónico.

En dicha guía, que trae en cita el interviniente del Ministerio de Comunicaciones, se expresa lo siguiente:

"16. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio denominado a veces 'criterio del equivalente funcional', basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos;

⁶ La cita en inglés es UNCITRAL.

⁷ Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-356 del 6 de mayo de 2003.

asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

17. Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del 'equivalente funcional', se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un 'requisito mínimo') no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de 'escrito firmado', 'original firmado' o 'acto jurídico autenticado'.

18. La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de 'escrito', 'firma' y 'original', pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos".⁹

No duda la Sala, entonces, que tanto en la legislación tradicional –por llamarla de alguna manera-, como en la legislación más reciente, el documento electrónico tiene eficacia probatoria, precisamente porque para el legislador esa información se toma como “*equivalente funcional*” del documento escrito o en medio físico, cumpliendo igualmente la función de bien mueble inanimado en el que se

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-831 del 8 de agosto de 2001.

depositan declaraciones o manifestaciones del ser humano y en el que igualmente se pueden consignar representaciones distintas como podrían ser los gráficos.

Ahora, el contrato sin plenas formalidades, además de poderse acreditar en medio físico, igualmente puede serlo a través de documentos electrónicos o en medio magnético, ya que se trata de una legislación que no opera solamente en el terreno mercantil, así su inspiración haya sido facilitar el tráfico de la actividad comercial, más cuando en el artículo 6 de la Ley 527 de 1999 se haya dicho que *“Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”*, lo que contrastado con el inciso 2 del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 que exige la prueba por escrito de la orden en que se materialice el contrato sin plenas formalidades, permite inferir que este tipo de contratos puede acreditarse tanto con el medio físico así como con el medio magnético o electrónico.

Empero, cuando se trate de documentos públicos que reposen en las oficinas de la entidad respectiva, la copia que se obtenga de los archivos magnéticos de la entidad debe cumplir con las exigencias propias del artículo 254 del C. de P. C., modificado por el artículo 1 numeral 117 del Decreto 2282 de 1989, esto es debe haber sido expedida por el director de la oficina administrativa en que repose el archivo magnético respectivo.

En suma, para la Sala el contrato sin formalidades plenas puede acreditarse de dos formas: (i) Con copia auténtica del documento físico que repose en las oficinas de la entidad contratante, y (ii) Con copia auténtica obtenida del documento que en medio magnético reposa en las oficinas de la entidad contratante. En uno y otro caso la copia, por ser de un documento público y por haber sido expedido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se reputa auténtica y su valor probatorio no puede ser desconocido *“mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”* (C. de P. C. art. 252).

d.-) Del caso concreto

Como se precisó anteriormente, el problema jurídico que atañe resolver gira en torno a la incursión del señor Juan Gabriel Díaz Bernal en la causal de inhabilidad de celebración de contratos con entidades estatales y no corresponde a esta Sala

dentro del contexto de la demanda electoral que le ocupa, estudiar si era legal o no que el mencionado contrato se celebrara de acuerdo con la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, corresponde establecer en el caso concreto si se hallan demostrados los elementos configuradores de la inhabilidad bajo estudio.

Luego de las anteriores precisiones procede la Sala a examinar el material probatorio relevante.

1.- Oficio OFJ015 del 5 de abril de 2006 expedido por la señora Elizabeth Floriano Huertas en su calidad de Auxiliar Administrativo de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, en el que informa:

“...que revisado el archivo magnético de esta oficina y el libro radicador se pudo constatar que se suscribió la Orden de Servicio No. 316 con el señor **JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL**.

Así mismo aclaro que los soportes físicos que reposaban en esta oficina fueron hurtados para lo cual se instauró (sic) denuncia ante la Inspección de Policía de la ciudad de San José del Guaviare” (fl. 46 Exp. 3946)

Lo consignado en el anterior documento coincide con lo expresado por dicha persona al rendir testimonio en diligencia practicada ante el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare el 14 de agosto de 2006 (fls. 201 a 203 Exp. 3946).

2.- Oficio del 5 de abril de 2006 suscrito por la señora Elizabeth Fontecha Moreno en su condición de Tesorera de la ESE Red de Servicios de Primer Nivel del Guaviare, en el que hace saber:

“...que el día 27 de diciembre del año 2005 se realizó (sic) un comprobante de egreso No. 2347 con el cheque No. 28330264 por un valor de UN MILLON QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS M/TE (\$1.596.700) a nombre del señor **JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL**.

Cabe anotar que esta información es extraída de los libros auxiliares de bancos que reposan dentro de los archivos magnéticos de esta oficina, ya que los soportes físicos de la respectiva cuenta fueron hurtados, colocándose la respectiva denuncia ante la inspección de policía de San José del Guaviare” (fl. 47 Exp. 3946)

Esta información fue corroborada por la misma persona en su declaración rendida el 11 de agosto de 2006 ante el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare (fls. 196 a 200 Exp. 3946).

3.- Copia auténtica del oficio OFJ018 del 10 de abril de 2006 suscrito por el señor Juvenal Morales Pájaro – Gerente de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, donde ese funcionario asevera:

“Que una vez revisado el archivo magnético que reposa en la Oficina Jurídica y Subgerencia Administrativa de la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, la Empresa suscribió la Orden de Servicios No. 316 de fecha 01 de diciembre de 2005, con el señor **JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 28.222.881 de San José del Guaviare, cuyo objeto era **LA PRESTACION DE SERVICIOS DE TRANSPORTE CON EL FIN DE REALIZAR EL RECORRIDO DEL PERSONAL MEDICO Y AUXILIAR DE ENFERMERIA A DIFERENTES VEREDAS DEL MUNICIPIO DE EL RETORNO**, por un valor de **UN MILLON SETECIENTOS TREINTA MIL PESOS MCTE (\$1.730.000.00)**.

La presente Orden de Servicios se realizó con cargo a la disponibilidad presupuestal No. 002181 de Noviembre 30 de 2005 y fue cancelada de acuerdo a comprobante de egreso No. 2347 del 27 de diciembre del año 2005 y cheque No. 28330264, por un valor de **UN MILLON QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS (sic) SETECIENTOS PESOS MCTE (1.596.700.00)** a nombre del señor **JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL**.

Me permito dejar constancia que la documentación original y soportes físicos de la orden anteriormente mencionada fue hurtada de las Oficinas de la Empresa, para lo cual se realizaron las respectivas denuncias ante las autoridades competentes” (fl. 48) (Subraya la Sala)

La Sala tiene certeza de que se trata de una copia auténtica, puesto que el documento registra sobre sí un sello impuesto por la Notaría Unica de San José del Guaviare en el que se deja como constancia de autenticación: *“ESTA FOTOCOPIA COINCIDE CON UN DOCUMENTO IDENTICO QUE TUVE A LA VISTA”*. Esto indica que el original del mismo fue presentado como soporte de confrontación y facilitó al notario atestiguar sobre su autenticidad en los términos del numeral 2º del artículo 254 del C. de P. C., modificado por el artículo 1 numeral 117 del Decreto 2282 de 1989, ya que es un documento que el gerente de la mencionada Empresa Social del Estado dirigió a un particular, circunstancia que permite inferir que la copia auténtica se derivó de ese documento.

No comparte la Sala la tesis del apoderado del Representante demandado Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, consistente en que el Gerente de la ESE no podía

suministrar esa información porque con ello se viola lo dispuesto en el artículo 199 del C. de P. C., modificado por el artículo 1º numeral 95 del Decreto 2282 de 1989, al estar expresamente prohibida la confesión espontánea de los representantes legales de las entidades públicas. Y no la comparte porque allí tal funcionario no está confesando hecho alguno del que pueda derivarse responsabilidad para la entidad que representa, tan solo informa sobre la celebración, ejecución y pago de un contrato estatal cuyos documentos físicos de soporte fueron hurtados de los archivos de la oficina respectiva.

Además, este hecho no interesa desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino desde la perspectiva de la existencia de un contrato estatal, respecto del cual no puede predicarse confesión porque no se están admitiendo hechos de los que pueda resultar comprometida patrimonialmente la entidad, ciertamente porque según se da a conocer las obligaciones contractuales fueron satisfechas mutuamente.

4.- Oficio 1-278 del 15 de agosto de 2006 suscrito por el gerente de la mencionada Empresa Social del Estado, con el que se hace saber:

“Al punto c. En atención a su solicitud, adjunto fotocopia del cheque No. 28330264 del Banco Popular de esta ciudad, girado al señor Juan Gabriel Díaz Bernal, expedida por el banco popular de San José del Guaviare. (...)

Al punto a. Teniendo en cuenta lo solicitado, me permito adjuntar copia impresa del archivo magnético y libro de Bancos que reposan en esta entidad referente a la orden de servicios No. 316 de Diciembre 1 de 2005, a nombre del señor Juan Gabriel Díaz Bernal. (Disponibilidad Presupuestal No. 002181 de fecha 2005/11/30. Registro presupuestal No. 001818 de fecha 2005/12/01. Causaciones contables No. 1695 de Diciembre 26 de 2005. Orden de pago. Libro auxiliar de bancos). (...)

Al punto b. Revisados los archivos magnéticos de la Empresa, aparece relacionada la orden de prestación de servicios No. 316 de fecha 1 de Diciembre de 2005, a nombre del señor JUAN GABRIEL (sic) DIAZ BERNAL. El original de la citada orden con los correspondientes soportes se extraviaron, por lo cual es imposible expedir copia auténtica” (fls. 204 y 205)

Junto con el anterior oficio fueron aportados los siguientes documentos:

a.- Copia autenticada ante notario del cheque mencionado, girado por la suma de \$1.596.700.00 a favor del Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal (fls. 206 y 207).

b.- Copia auténtica del certificado de disponibilidad presupuestal No. 002181 del 30 de noviembre de 2005, expedido por la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, con antefirma de la Técnico de Presupuesto Yarcelly Pérez Bohórquez, en el que se informa sobre la existencia de recursos financieros suficientes para cubrir el transporte a las veredas Santa Elena, La Primavera, La Vorágine, San Isidro, Alto Jordán y La Fortaleza (fl. 208).

c.- Copia auténtica del registro presupuestal 001810 del 1º de diciembre de 2005, expedido por la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Guaviare, con antefirma de la Técnico de Presupuesto Yarcelly Pérez Bohórquez, en el que se informa sobre la anotación en el libro correspondiente del registro presupuestal atinente a la orden de servicios 316 sobre transporte de una comisión a distintas veredas, a nombre del señor Juan Gabriel Díaz Bernal y por la suma de \$1.730.000.00 (fl. 209).

d.- Copia auténtica de la orden de pago a favor del señor Juan Gabriel Díaz Bernal por un valor neto de \$1.596.700.00, referida a la orden de servicios 316, que según antefirma fue diligenciada por el subgerente administrativo y financiero.

e.- Original de la relación del libro auxiliar de bancos de la cuenta corriente 054-02397-3 del Banco Popular, de la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel, expedida por la Tesorera de la entidad, señora Elizabeth Fontecha Moreno, documento con el cual se establece que el 27 de diciembre de 2005, con cheque No. 28330264, se canceló al Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal la suma de \$1.596.700.00 (fls. 213 a 216).

5.- Copia auténtica de la Ordenanza 003 del 22 de enero de 2003 *“POR LA CUAL SE TRANSFORMAN LOS HOSPITALES, CENTROS Y PUESTOS DE SALUD DEL GUAVIARE, COMO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL DE ATENCION DEL DEPARTAMENTO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”*, expedida por la Asamblea Departamental del Guaviare, mediante la cual se acredita la existencia y naturaleza jurídica de esa entidad, en particular por lo dicho en su primer artículo:

“Artículo 1º.- Transformación y denominación. Transfórmese como Empresa Social del Estado, los Hospitales de primer nivel, Centro y Puestos de Salud que hasta hoy venían funcionando como una

dependencia de la Secretaría de Salud; en **Empresa Social del Estado: Red de Servicios de Salud de Primer Nivel**. Entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental, dotada de Personería Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; vigilada por la Secretaría Departamental de Salud del Guaviare.

En lo sucesivo y para los efectos de la presente Ordenanza en el nombre de la entidad pública (sic) creada en este artículo, se deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".

PARAGRAFO 1º: La Empresa Social del Estado creada estará sometida al régimen Jurídico previsto en el capítulo III artículos 194, 195 y 197 de la ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen adicionen o sustituyan" (fls. 51 a 71 Exp. 3946).

Este documento acredita la existencia jurídica de la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare e igualmente demuestra su calidad de entidad pública, puesto que al ser una Empresa Social del Estado debe tenerse como tal al así disponerlo el artículo 194 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, que al respecto dice que esas Empresas *"constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa"*, de creación legal o por actos de las asambleas o los concejos.

6.- Oficio CDG-DC-214.06 expedido por la Contraloría Departamental del Guaviare el 6 de octubre de 2006, con el que se informa:

"...me permito hacerle llegar copias auténticas (sic) por duplicado de la relación de órdenes de servicios correspondiente al periodo de diciembre de 2005, expedida por la ESE Red De Servicios De Salud De Primer Nivel Del Departamento Del Guaviare (sic), en la que aparece la distinguida con el número (sic) 316 de fecha 01 de diciembre de 2005, a nombre del señor Juan Gabriel Díaz B., por concepto de Prestación de Servicios de Transporte Terrestre,...

Debo manifestarle la imposibilidad de enviar los documentos-soporte de dicha orden de servicios por cuanto toda la documentación referente a la misma desapareció o fue sustraída de los archivos de la entidad..." (fls. 240 a 244 Exp. 3946)

7.- Oficio S.P.M./263 del 11 de agosto de 2006 expedido por el Secretario de Planeación del municipio de San José del Guaviare, mediante el cual se hace saber que las veredas El Palmar y San Francisco pertenecen a ese municipio y que las veredas Santa Helena, La Nueva Primavera, La Vorágine, San Isidro, El

Japón, La Esperanza, Alto Jordán y La Fortaleza forman parte del municipio El Retorno – Guaviare (fl. 130 Exp. 3956).

Los anteriores medios de prueba son suficientes para tener como acreditados los siguientes hechos:

Que bajo la modalidad de contrato sin plenas formalidades el demandado Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal celebró, en nombre propio, con la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del Departamento del Guaviare, la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005 por valor de \$1.730.000.00, con el objeto de prestar servicios de transporte para realizar el recorrido del personal médico y auxiliar de enfermería a las veredas de la UEN de El Retorno: Santa Helena, La Nueva Primavera, La Vorágine, San Isidro, El Japón, La Esperanza, El Palmar, Alto Jordán, San Francisco y La Fortaleza.

Si bien el gerente de la Empresa Social del Estado no pudo remitir copia auténtica de los documentos físicos relacionados con el citado contrato, tales como la orden de servicios, el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, debido a que los mismos fueron hurtados de los archivos de la oficina, por el contrario sí remitió copia auténtica derivada de los documentos electrónicos o en medio magnético que reposan en los computadores de la misma entidad, lo cual permite superar la ausencia del material físico.

Esto por cuanto, la copia existente en los archivos electrónicos de la ESE de los documentos relativos a la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, permiten tener como auténtico el material que de allí obtuvo y remitió el gerente de esa entidad, puesto que ese procedimiento se ajusta a lo prescrito en el numeral 1º del artículo 254 del C. de P. C., modificado por el artículo 1 numeral 117 del Decreto 2282 de 1989, al tratarse de una copia expedida por el director de la oficina administrativa, en ejercicio de sus funciones, y obtenida de una copia auténtica como es el medio magnético.

Además, teniendo en cuenta que la orden de servicios debe constar por escrito según lo ordenado por el inciso 2 del artículo 25 del Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, y que según los términos del artículo 6 de la Ley 527 de 1999 cuando una norma requiera que la información conste por escrito, ello quedará satisfecho con un mensaje de datos, no hay duda que en este particular evento la prueba de la orden de servicios 316 de 2005 ha sido satisfecha gracias a un *“equivalente*

funcional” como es la copia auténtica obtenida del medio magnético o electrónico, consistente en el soporte que de la misma naturaleza existe en las oficinas de la entidad pública mencionada.

Tampoco puede negarse la celebración del contrato sin plenas formalidades – orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005 - bajo el argumento expuesto por el demandado, según el cual no existe contrato firmado por él, ya que como se dijo en precedencia, este tipo de contratos bilaterales se caracteriza por tratarse de la orden escrita de la administración enviada a un contratista, en la cual le precisa el objeto del contrato y la contraprestación, y que por tanto, sólo requiere la firma del representante legal de la entidad pública que la libra, sin que sea requisito esencial que esté firmado también por el contratista.

Sobre lo anterior es necesario precisar que si bien la parte demandada solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad penal, al haberse formulado denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por su posible suplantación en torno a la orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005, lo cual negó la Sala con auto del 29 de junio de 2007, lo cierto es que dentro de las oportunidades procesales pertinentes no fueron tachados de falsos los documentos que derivados del medio magnético o electrónico expidió el gerente de la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, actuación que ha debido verificarse en los términos del artículo 289 del C. de P. C., que prevé en lo pertinente:

“Artículo 289.- Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. (...)”

Así entonces, el demandado no acreditó que fue suplantado por otra persona en la celebración del referido contrato sin plenas formalidades – orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005-, por el contrario, está suficientemente probado que además de celebrarlo, lo ejecutó y recibió el pago de la suma que se le fijó como contraprestación, a través de cheque No. 28330264 de fecha 27 de diciembre de 2005 girado a su favor, documentos que no fueron tachados de falsos dentro de las etapas procesales correspondientes.

También se probó que el referido contrato lo celebró con una entidad pública del nivel departamental, como es la ESE Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, lo cual se demostró con la ordenanza 003 del 22 de enero de 2003 expedida por la Asamblea Departamental del Guaviare y el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Y, por último, se probó que el contrato se celebró dentro del período inhabilitante, toda vez que la orden de servicios se libró el 1º de diciembre de 2005 dirigida al Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, el cual se ejecutó entre tal fecha y el 27 de diciembre de 2005, día en que se efectuó el pago del valor del contrato al demandado a través del cheque arriba referido, situación que en todo caso se dio dentro de los seis meses anteriores a la elección de congresistas ocurrida el 12 de marzo de 2006, puesto que este interregno se extiende de ésta fecha al 12 de septiembre de 2005.

De otra parte, pretende el accionado que se practique una calificación jurídica al mencionado contrato, pues para él lo que en realidad se llevó a cabo fue un contrato laboral regulado por el artículo 41 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945. Este argumento se desestima volviendo sobre el objeto de la acción de nulidad electoral, que como se ha dicho en esta providencia está representado en los actos de elección o de nombramiento, de modo que el juez del proceso no tiene competencia para materias distintas como sería la de establecer una supuesta relación laboral subyacente en un contrato sin plenas formalidades como la orden de servicios 316 de 2005. Esto para significar igualmente que el juez del contencioso de nulidad electoral no puede entrar a calificar jurídicamente si el contrato estatal encubre una relación distinta, no solo por ser ajeno al objeto de la acción sino porque jurisprudencialmente se trata de un tema no admitido como problema jurídico a solucionar:

“Pero, se advierte, la intervención en la celebración de contratos o su celebración genera la inhabilidad que se examina, aun cuando no se satisfagan los requisitos que le son propios; lo contrario sería suponer que solo cuando se celebran contratos ajustados a la ley tiene lugar la inhabilidad, pero no cuando el contrato se celebra, de hecho, de manera irregular. **Además, en procesos en que se juzga la validez de actos de elección y nombramiento, como es el caso, no puede juzgarse la de los contratos de que podrían resultar inhabilidades**”¹⁰ (Negrillas de la Sala)

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de noviembre 9 de 2001. Radicación 17001-23-31-000-2000-2500-02 (2700). Actor:

e.-) Conclusiones

Lo discurrido en las consideraciones anteriores permite establecer que la excepción denominada Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones, formulada tanto frente a la demanda 3949 de Ignacio Antonio Javela Murcia como a la demanda 3955 de Eduardo Velásquez Briceño, prospera únicamente en cuanto a la pretensión tercera de las mismas, e igualmente de oficio respecto de la pretensión tercera de la demanda interpuesta por Alberto Morales Támara (3946), por procurar el restablecimiento de un derecho, motivo por el cual la Sala se inhibirá de pronunciarse sobre la pretensión tercera de esas demandas. Por lo demás, las excepciones restantes serán tenidas por imprósperas, como así se determinó en la parte motiva de esta providencia.

De igual forma se estableció que todos y cada uno de los ingredientes normativos de la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución fueron acreditados, en especial porque se probó que el demandado Dr. Juan Gabriel Díaz Bernal, dentro de los seis meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare, celebró un contrato sin plenas formalidades – orden de servicios 316 del 1º de diciembre de 2005- con la Empresa Social del Estado Red de Servicios de Salud de Primer Nivel del departamento del Guaviare, cuyo objeto fue la prestación del servicio de transporte al personal médico y auxiliar de enfermería a diferentes veredas del municipio de El Retorno. Por ello, se declarará la nulidad de la elección acusada y se impartirán las órdenes respectivas, sin que proceda, como lo pide el demandante Fernando Vargas Mendoza (Expediente 3956), la práctica de nuevo escrutinio, puesto que se configuró una causal subjetiva de anulación y no una de carácter objetivo que sí dan lugar a la exclusión de la votación afectada, consecuencia que ya ha sido precisada por la jurisprudencia de la Sección:

“A) La distinción formulada por esta Sala respecto de la existencia de causales subjetivas y objetivas de nulidad de las actas de las corporaciones electorales obedece a criterios bien fundados y no al mero capricho de sus integrantes. En efecto, surge tanto del fundamento de la causal como de las consecuencias de su declaración, pues en tanto las subjetivas se apoyan en la ausencia de requisitos o calidades para acceder a la función o de la concurrencia de causales de

inelegibilidad, las objetivas encuentran su razón de ser en el empleo de procedimientos o maquinaciones fraudulentas, capaces de empañar la fuerza del sufragio y tergiversar la verdad electoral.

Igualmente, en tanto la declaración de nulidad con fundamento en las objetivas impone la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los votos obtenidos inválida o fraudulentamente o con exclusión de los factores de alteración sustancial de las actas y registros, la que se apoya en causal subjetiva culmina con la declaratoria de nulidad del acto de elección del inelegible, para que su vacante se llene como lo ordena la Constitución Política tratándose de miembros de Corporaciones de elección política o con nueva elección como en el caso del art. 129 del C. Electoral”¹¹

Así, habiéndose demostrado la existencia de una causal subjetiva de anulación, como es la inelegibilidad por inhabilidad del congresista demandado, la práctica de nuevos escrutinios resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de Inepta Demanda por Indebida Acumulación de Pretensiones formulada contra las demandas presentadas por Ignacio Antonio Javela Murcia (3949) y Eduardo Velásquez Briceño (3955), y de oficio frente a la demanda interpuesta por Alberto Morales Támara (3946). En consecuencia se dispone:

Declárase inhibida la Sala para decidir de fondo la pretensión tercera de las mencionadas demandas.

SEGUNDO: DECLARAR imprósperas las demás excepciones formuladas por la parte accionada contra las demandas acumuladas.

TERCERO: DECLARAR la NULIDAD de la elección del Dr. JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Guaviare, para el período constitucional 2006-2010, contenida

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 31 de octubre de 1994. Expediente: 1108. Actor: Ricardo Agudelo Sedano. Demandado: Jorge Alfonso Rojas S. C.P. Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

en el Acta de Escrutinio General expedida en San José del Guaviare el 19 de marzo de 2006 por los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

CUARTO: CANCELAR la credencial que la Organización Electoral expidió al Representante a la Cámara por el departamento del Guaviare Dr. JUAN GABRIEL DIAZ BERNAL.

QUINTO: Comuníquese lo decidido en esta providencia al Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil y a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, para lo de su competencia.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON
Presidenta

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
(Aclaración de voto)

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO
(Aclaración de voto)