

JUICIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Recae sobre el comportamiento ético del demandado

[E]l juicio de pérdida de investidura recae sobre el comportamiento ético de los congresistas y, en caso de acreditarse la configuración de la causal, se generan consecuencias jurídicas y políticas, en tanto la Carta Política impide que la persona vuelva a participar de los cuerpos colegiados de representación popular

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 5

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características del proceso de pérdida de investidura ver Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de agosto de 2012, exp. 201100-254-00(PI), M.P. Hernán Andrade Rincón, Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 201001161-00 y 201001324-00, M.P. William Giraldo Giraldo, Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Corte Constitucional, sentencia SU-632 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 27 Especial de Decisión, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 2018-0781-00, M.P. Rocío Araújo Oñate, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 2015, exp. 2015-00872-00, M.P. Hernán Andrade Rincón

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Enfoque del principio de culpabilidad / PRINCIPIO DE CULPABILIDAD – Tesis

[L]o que aún no ha definido la jurisprudencia de la Corte ni la de esta Corporación es el enfoque del principio de culpabilidad a la hora de juzgar la conducta del congresista demandado. En efecto, el concepto de “culpabilidad” como elemento del injusto penal, disciplinario o sancionatorio ha sufrido constantes evoluciones y críticas a lo largo de los años. En tal virtud, la Sala hará un recuento sucinto de las teorías que hasta la fecha se han expuesto en materia de culpabilidad, para mostrar la incertidumbre y la dificultad de darle contenido y alcance a este elemento del juicio sancionatorio. Una primera concepción de la culpabilidad indicó que debía ser entendida en sentido psicológico, como presupuesto subjetivo junto al cual tienen existencia las consecuencias del delito. El dolo y la imprudencia (culpa) son sus dos especies y, para su configuración, el juez tendría que efectuar un análisis volitivo y cognitivo del sujeto al que se le atribuye la conducta. La segunda tesis de la culpabilidad es la psicológica-normativa que propone, por primera vez, el traslado de la voluntad del sujeto de la culpabilidad al tipo subjetivo, porque constituye el reproche al sujeto de no haber actuado de otro modo

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 5 / LEY 5 DE 1992

POSIBLE COMPORTAMIENTO INDECOROSO DEL DEMANDADO – No constituye ni se adecúa a las causales de pérdida de investidura

La Sala se abstendrá de analizar y juzgar la mencionada conducta del congresista demandado, dado que la misma no constituye, ni se adecúa a las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución y en la ley. Por tal motivo, esta Corporación carece de competencia funcional para juzgar disciplinariamente

el comportamiento del señor Antanas Mockus Sivickas, al bajarse los pantalones y mostrar sus nalgas a todo el auditorio, el día de instalación del Congreso de la República, hecho notorio que quedó registrado por todos los medios de comunicación del país y cuya prueba fue acreditada en el proceso con la copia de los videos de los canales institucionales. (...) En ese orden de ideas, se compulsarán copias de esta providencia a la Comisión de Ética del Senado de la República, para que se surta la averiguación disciplinaria correspondiente, en los términos establecidos en los artículos 58 y siguientes de la Ley 5 de 1992, que le atribuyen la competencia para juzgar, entre otros, los comportamientos “indecorosos, irregulares o inmorales” imputables a los congresistas

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 58

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR HABER INTERVENIDO EN LA GESTIÓN DE NEGOCIOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS – Requisitos para acreditación objetiva de la causal

los elementos objetivos para que opere la causal por este supuesto fáctico son los siguientes: i) un comportamiento activo, positivo, dinámico de la persona que aspira al Congreso, ii) que efectivamente esa persona sea elegida o que haya quedado en la lista de elegibilidad, iv) que la acción que desarrolló la persona estuviera dirigida a una entidad estatal, v) que el objeto de la acción fuera un negocio, es decir, un interés, un beneficio, una ganancia, una empresa, con independencia de que se hubiera o no materializado o concretado y vi) que esa intervención se hubiera presentado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección (elemento temporal – *ratione temporis*)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 296 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179

CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR HABER INTERVENIDO EN LA GESTIÓN DE NEGOCIOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS – Delimitación desde la hipótesis de haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de un tercero

[L]a configuración de la causal puede darse bien porque el congresista directamente suscribió el contrato estatal, o porque lo hizo a través de un tercero – en virtud de una simulación o por interpuesta persona, delegación, designación, representación–. En otros términos, la inhabilidad se presenta cuando el congresista directamente o a través de un tercero celebre contratos con entidades estatales en beneficio propio o de un tercero, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 296 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179

CONTRATOS QUE SUSCRIBE UN PARLAMENTARIO CON UNA ENTIDAD ESTATAL – No todos tienen la virtualidad o potencialidad de desencadenar en inhabilidad / INTERVENCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y GESTIÓN DE NEGOCIOS – Diferencias

La participación del congresista en las etapas subsiguientes a la celebración del contrato, como por ejemplo su ejecución y liquidación, no tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad analizada porque la lectura restrictiva de la norma

sancionatoria impide que se haga una aplicación extensiva o analógica de la inhabilidad y, por ende, de la causal de pérdida de investidura a etapas contractuales que no fueron previstas expresamente por el Constituyente. (...) tratándose del supuesto “*haber intervenido en la celebración de contratos con entidades estatales*”, el tipo objetivo contiene un ingrediente normativo consistente en que el congresista, o un tercero, se hubieran beneficiado o tenido la posibilidad de favorecerse económica o políticamente de ese negocio jurídico. (...) [L]a celebración de contratos son dos formas de intervención autónomas y *abiertamente distintas*, ya que la gestión se refiere a las tratativas precontractuales y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, de allí que tenga una mayor amplitud, en tanto que la celebración de contratos solo atiende a la participación del candidato en la suscripción o perfeccionamiento del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. En los dos eventos el hecho debió tener ocurrencia dentro de los seis meses anteriores a la elección. Cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye con la celebración de un contrato, la causal de inhabilidad solo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la materialización de un contrato o negocio jurídico no tiene éxito, entonces la causal se analiza a la luz de la gestión de negocios propiamente dicha

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 296 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN DE PERDIDA DE INVESTIDURA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI)
(11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00)
(acumulados)**

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Temas: PÉRDIDA DE INVESTIDURA – proceso sancionatorio / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – ejercicio del *ius puniendi* del Estado / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – características / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – causal numeral 1 artículo 183 de la Constitución Política – violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses – numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – inhabilidad por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración

de contratos con ellas en interés propio o de terceros dentro de los seis meses anteriores a la elección / PÉRDIDA DE INVESTIDURA - elementos objetivos de la causal – elemento subjetivo de la causal.

La Sala Primera Especial de Decisión resuelve, en primera instancia, las solicitudes de pérdida de investidura presentadas por los señores José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes y Saúl Villar Jiménez, en contra del senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez solicitan que se decrete la pérdida de investidura del congresista Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas – senador de la República elegido para el período constitucional 2018 a 2022– por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dado que, según se afirma en las peticiones acumuladas, este se encontraba inhabilitado para ser elegido congresista, en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, dado que intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. Adicionalmente, en una de las demandas se alegó que el congresista realizó un “*acto impuro, inmoral, falto de ética, vulgar y obsceno*” el día de la toma de posesión, al bajarse sus pantalones y mostrar sus posaderas en el recinto del Congreso.

II. ANTECEDENTES

1. Las solicitudes de pérdida de investidura

Mediante escrito del 23 de julio de 2018, el señor José Manuel Abuchaibe Escolar, ciudadano colombiano en ejercicio, presentó solicitud de pérdida de investidura del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas (F. 1 a 21 c. ppal.), con

fundamento en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política que preceptúa:

Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

(...) 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

El mismo 23 de julio del año en curso, los señores Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla, ciudadanos colombianos, pidieron que se decretara la pérdida de investidura del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas por la misma razón, esto es, la violación al régimen de inhabilidades (F. 1 a 9 c. 2).

Finalmente, el 25 de julio de 2018, el señor Saúl Villar Jiménez, ciudadano colombiano, presentó solicitud de pérdida de investidura contra el senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas por las siguientes razones: i) por violación al régimen de inhabilidades (artículo 183.1 C.P.) y ii) por trasgresión de los artículos 268 y 269 de la Ley 5 de 1992 que determinan que son deberes de los congresistas respetar el reglamento, el orden, la disciplina y la cortesía propias del cargo, y que son faltas de los congresistas cometer actos de desorden o irrespeto en el recinto de sesiones, respectivamente, dado que el demandado realizó un “*acto impuro, inmoral, falto de ética, vulgar y obsceno*” al bajarse sus pantalones y mostrar sus nalgas en el recinto del Congreso de la República, delante de mujeres y niños (F. 1 a 11 c. 3).

Como fundamentos fácticos comunes de las demandas acumuladas de pérdida de investidura se manifestaron, en síntesis, los siguientes:

El señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas fue elegido como senador de la República, para el período constitucional comprendido entre el 20 de julio de 2018 y el 19 de julio de 2022.

El demandado estaba inhabilitado para ser congresista, de conformidad con el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que dentro de los seis meses anteriores a su elección gestionó, participó e intervino en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, ya que se desempeñó como presidente de la Corporación Visionarios por Colombia “Corpovisionarios”.

El 11 de marzo de 2018, fecha de las elecciones del congreso 2018-2022, el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas seguía apareciendo como el presidente y representante legal de “Corpovisionarios”, entidad sin ánimo de lucro que celebró, el 9 de noviembre de 2017, cuatro meses antes de las elecciones parlamentarias, el convenio de asociación n.º 10 de 2017 por valor de \$428'571.429,00 con el departamento de Cundinamarca, de manera concreta con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto.

Además, el 10 de noviembre de 2017 Corpovisionarios suscribió el convenio de asociación n.º 566 con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., cuya vigencia estuvo comprendida entre el 17 de noviembre de 2017 y el 16 de mayo de 2018.

No existe ningún registro en el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que permita establecer que el congresista demandado estuvo de licencia, se le hubiera nombrado remplazo o hubiera renunciado a su condición de presidente y representante legal.

El convenio de asociación n.º 10 de 2017 fue suscrito por el señor Henry Samuel Murrain Knudson, en su condición de director ejecutivo de Corpovisionarios; no obstante, el demandado seguía fungiendo como representante legal de la Corporación para ese momento y, por lo tanto, solo delegó –sin formalidad alguna – la función de celebración del contrato mas no la responsabilidad.

El 10 de mayo de 2018, Corpovisionarios registró en la Cámara de Comercio de Bogotá una reforma parcial a sus estatutos, en la que se modificaron las facultades de representación legal que ostentaba el presidente, para trasladárselas al cargo de director ejecutivo.

En los estudios previos del convenio de asociación n.º 10 de 2017, se mencionó el papel preponderante que tendría el señor Antanas Mockus Sivickas en su ejecución, razón por la que se incluyó su hoja de vida, se le designaba como coordinador general de la propuesta y, en lo atinente al presupuesto, en uno de los apartes se establecía: “*transporte y viáticos de los encuestadores, dinamizadores y del profesor Antanas Mockus*”.

En la demanda presentada por el señor Saúl Villar Jiménez se agregó que el día de posesión del Congreso, eso es, el 20 de julio del año en curso, el congresista demandado se bajó los pantalones y mostró sus nalgas a todo el auditorio que se encontraba en el Congreso de la República, incluidos mujeres y niños.

En relación con el aspecto subjetivo, las demandas acumuladas indicaron que el congresista demandado conocía o debía conocer que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico, más aún si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. De allí que, el demandado vulneró el contenido de los artículos 179.2 de la Constitución Política, y 268 y 269 de la Ley 5 de 1992, de tal suerte que se configuró la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 25 de julio de 2018, se admitió la demanda con radicado número 2018-02417 y se ordenó su notificación personal al congresista demandado y al Ministerio Público (F. 105 y 106 c. ppal.).

El 26 de julio del mismo año, la Consejera de Estado Marta Nubia Velásquez Rico admitió la demanda identificada con radicado número 2018-2445 y ordenó remitir ese expediente a esta actuación para definir una posible acumulación (F. 94 a 96 c. 2).

El Consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter, a través de auto del 26 de julio del año en curso, ordenó la remisión del expediente 2018-02482 para que se definiera su eventual acumulación y admisión de la demanda (F. 30 c. 3).

Así las cosas, mediante proveído del 31 de julio del corriente año, se decretó la acumulación de las solicitudes de pérdida de investidura con radicados 11001-03-15-000-2018-02445-00 y 11001-03-15-000-2018-02482-00, al proceso de la referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1881 de 2018 que preceptúa: “*Cuando se formulen acusaciones por varios ciudadanos estas se acumularán a la admitida primero, siempre que no se haya decretado la práctica de pruebas*” (F. 112 a 114 c. ppal.). Además, en el mismo pronunciamiento, se admitió la demanda de pérdida de investidura correspondiente al proceso número 2018-02482.

Notificada la demanda en debida forma, el congresista demandado, por intermedio de apoderado judicial, la contestó para oponerse en su integridad a las solicitudes de pérdida de investidura (F. 129 a 141 c. ppal.). En su defensa, indicó que el problema jurídico se reducía a dilucidar si estaba inhabilitado, en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, para ser elegido senador de la República, y que no se referiría a lo ocurrido en la instalación del Congreso de la República, el 20 de julio de 2018, toda vez que el haber mostrado las posaderas no era un hecho constitutivo de pérdida de investidura.

Frente a la supuesta inhabilidad que se endilga en las tres solicitudes acumuladas, adujo que no realizó ninguna tarea, diligencia, reunión o gestión de negocios ante las autoridades del departamento de Cundinamarca o de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, comoquiera que el trámite precontractual y la celebración del convenio n.º 10 suscrito entre esta última entidad y Corpovisionarios corrió, entera y exclusivamente, por cuenta del director ejecutivo de la Corporación, señor Henry Samuel Murrain Knudson, en ejercicio de las facultades de representación legal que se le habían otorgado años atrás.

El presidente de la Corporación podía delegar en cabeza del director ejecutivo la representación legal de la misma, lo que evidentemente ocurrió en el caso concreto, en virtud de un acto de naturaleza estatutaria que si bien no aparece registrado en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, no le resta validez jurídica.

Las inhabilidades son normas derogatorias de derechos y, por consiguiente, son de interpretación restrictiva, por lo que no son susceptibles de aplicación analógica o extensiva. Además, hizo énfasis en la necesidad de que se demuestre el

componente subjetivo de la pérdida de investidura, es decir, que se acredite que el demandado actuó con dolo o culpa grave.

Finalmente, puntualizó que esta Corporación ha indicado que por gestión de negocios debe entenderse la participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del negocio jurídico o del contrato, que permitan develar un claro interés particular a favor propio o de un tercero, aspectos que se echan de menos en los supuestos objeto de análisis.

3. Audiencia Pública

El 8 de octubre de 2018 se celebró la audiencia pública en el proceso de la referencia, en cumplimiento de los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018.

A esta diligencia acudieron los solicitantes, el apoderado del congresista demandado y el agente del Ministerio Público. El solicitante Saúl Villar Jiménez otorgó poder especial al también solicitante y abogado Víctor Velásquez Reyes, para que lo representara a lo largo del proceso (F. 296 c. ppal.).

3.1. El ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar adujo que el congresista demandado estaba inhabilitado y en situación de inelegibilidad cuando se postuló como candidato, por haber participado en la gestión de contratos con una entidad estatal durante los seis meses anteriores a su elección, lo cual se demostró a partir de que la solicitud de propuesta ACPPG-034 del 11 de octubre de 2017, formulada por la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, fue dirigida al señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, como cabeza visible de Corpovisionarios. Además, indicó que en los documentos previos del mencionado convenio de asociación se mencionó que el señor Antanas Mockus Sivickas sería el coordinador general de la propuesta.

Indicó que en la propuesta presentada por Corpovisionarios, en el acápite correspondiente al equipo de trabajo, aparecía la fotografía y el nombre del señor Antanas Mockus Sivickas, quien se presentaba como Presidente de la Corporación y del Consejo Directivo de la misma. En tal virtud, sostuvo que la afirmación de la defensa –según la cual el señor Henry Samuel Murrain Knudson, director ejecutivo de la Corporación, era el representante legal de esta– es totalmente falsa y no obedece a la verdad, pues es bien sabido que por seguridad

jurídica los representantes legales inscritos en las cámaras de comercio conservan tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción, mediante un nuevo registro que dé cuenta del nuevo nombramiento.

De modo que, en el caso concreto el convenio de asociación fue suscrito por el señor Henry Samuel Murrain en calidad de simple delegado del Presidente, pero el demandado conservó en todo momento la representación legal de la corporación.

Afirmó que el 10 de mayo de 2018, Corpovisionarios registró en la Cámara de Comercio de Bogotá una reforma parcial a sus estatutos, en la que se modificaron las facultades de representación legal que ostentaba el Presidente y se le trasladaron al director ejecutivo, situación que es demostrativa de la inhabilidad señalada en la demanda.

En relación con la representación legal de la Corporación, señaló que la defensa del congresista demandado pretende desligar la responsabilidad del senador con apoyo en el hecho de haber delegado en otra persona la firma del convenio; sin embargo, es importante precisar que la representación de una persona jurídica es unitaria y, por lo tanto, no puede desmembrarse mediante un acto de delegación. En ese orden, en el caso concreto operó un mandato extendido por el representante legal en calidad de mandante al director ejecutivo en condición de mandatario, y este último actuaría en nombre de su delegante, en cabeza de quien recaería cualquier responsabilidad, por lo que se delega la función y no el cargo.

3.2. El señor Víctor Velásquez, quien actuó en nombre propio y en representación del señor Saúl Villar Jiménez, adujo que Colombia es un Estado teocrático, más no confesional, por cuanto en el artículo 1º de la Constitución Política y en el himno de la República se invoca la protección de dios. Insistió en los mismos argumentos desarrollados por el señor José Manuel Abuchaibe Escolar, pero agregó que se deberían compulsar copias de esta actuación con destino a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la conducta del expresidente Juan Manuel Santos Calderón, del exministro del interior Guillermo Rivera y del congresista demandado, toda vez que ejercieron una presión indebida ante el Consejo Nacional Electoral, con la finalidad de que, finalmente, se declarara su elección al

Senado de la República y, por consiguiente, se le otorgara la credencial al senador demandado.

3.3. El ciudadano Eduardo Carmelo Padilla Hernández, luego de efectuar un recuento sucinto de las decisiones de esta Corporación, relacionadas con la causal de pérdida de investidura alegada de forma común en las solicitudes acumuladas, puntualizó que la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política no opera únicamente respecto de la persona que directa y personalmente termina suscribiendo o firmando el contrato estatal, pues aplica también a quienes han participado en la fase precontractual y que, si bien, una vez celebrado el respectivo negocio jurídico no figuran en él, su intervención sí fue determinante para su materialización; igualmente, comprende a las personas que prefieren mantenerse en el anonimato y para ello se valen de otros, que son los que efectivamente signan el contrato o convenio.

Manifestó que la gestión en negocios puede ser activa o pasiva. Es activa cuando la persona participa directamente en las gestiones para la consecución del contrato o del negocio. Por el contrario, es pasiva cuando la persona se comunica a través de símbolos, por ejemplo, cuando presta su buen nombre para garantizar la obtención de un contrato para sí o para un tercero. En la intervención pasiva, simbólicamente, existe una representación, un mensaje dirigido a una persona. En el caso concreto, el comportamiento del señor Antanas Mockus Sivickas fue aparentemente pasivo, pero simbólicamente activo, por lo que representa y significa la marca Mockus.

Teniendo en cuenta lo anterior, dijo que los votos del profesor Antanas Mockus Sivickas son fruto del árbol prohibido, por lo que mal podrían producir consecuencias jurídicas al estar ante una evidente vulneración de la Constitución, ya que fueron depositados a favor de una persona inelegible, inhabilitada para aspirar válidamente a un cargo público, haciéndose necesario que sean excluidos del cómputo total de la lista del partido Alianza Verde.

3.4. El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

La discusión debe centrarse en la configuración o no de la causal de inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, ya que si bien en una de las solicitudes acumuladas se hizo referencia al comportamiento indecoroso del demandado, al haberse bajado sus pantalones y expuesto sus posaderas el día de instalación del Congreso de la República, esa circunstancia no es constitutiva de pérdida de investidura, por lo que no es preciso su estudio y decisión por la Sala; no obstante, sí se deberían compulsar copias de la actuación a la Comisión de Ética del Senado de la República, para que se surta la averiguación disciplinaria de rigor.

El certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, no es el medio o instrumento probatorio idóneo para acreditar o probar las actividades, diligencias o actuaciones reales y dinámicas del demandado en la gestión de negocios ante las entidades estatales. El medio probatorio conducente y pertinente para acreditar la gestión de negocios es el testimonial y, precisamente, de las declaraciones recibidas el 3 de septiembre de 2018 no se vislumbra que el congresista demandado hubiera realizado actuaciones, tareas o diligencias tendientes a la firma o suscripción del convenio 10 de 2017.

No se puede colegir una intervención tácita del congresista demandado, basada en su *good will* o buen nombre, como alegan los solicitantes, por la imposibilidad de crear ficciones analógicas sobre un supuesto hecho notorio indiciario, pues es bien sabido que este medio de prueba debe ser auxiliado por otro de naturaleza directa.

Del acervo probatorio, que no fue controvertido por los actores, se puede establecer que la celebración del negocio jurídico corrió por cuenta de una persona diferente al acusado Antanas Mockus Sivickas, de manera que no resulta posible dar por establecida la inhabilidad alegada en las demandas acumuladas. En efecto, el artículo 1505 del Código Civil preceptúa que: “*lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo*”, lo que permite concluir que la celebración del convenio n.º 10 de 2017, llevada a cabo por el autorizado señor Henry Samuel Murrain Knudson, produjo efectos –por la ficción surgida de la representación– única y exclusivamente para Corpovisionarios, sin que sea viable extender

analógicamente consecuencias o efectos en cabeza del Presidente y representante legal.

3.5. El apoderado del congresista demandado alegó que el acto de delegación de las funciones de representación por parte del presidente al director ejecutivo de Corpovisionarios consiste en una facultad estatutaria en cabeza del primero, de allí que el hecho de que no conste expresamente en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá no le resta en absoluto validez jurídica.

Mencionó que no resulta lógico afirmar que un convenio negociado y firmado por el señor Henry Samuel Murrain Knudson en realidad haya sido suscrito por el señor Antanas Mockus Sivickas, simplemente porque, de conformidad con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, este era el Presidente de Corpovisionarios. Agregó que el demandado no realizó ninguna tarea, diligencia, escrito o reunión que pudiera enmarcarse en la categoría de “intervención en la gestión de negocios” y que, de igual forma, no pudo celebrar el contrato puesto que delegó en cabeza del director ejecutivo esa facultad desde hace varios años.

Luego de efectuar un recuento y crítica probatoria, precisó que ninguno de los medios de convicción que integran el acervo probatorio permite dar cuenta de gestión de negocios por parte del señor Antanas Mockus Sivickas ante entidades públicas, así como tampoco la celebración de contratos con las mismas.

4. Impedimento manifestado por el Consejero de Estado Julio Roberto Piza Rodríguez

El Consejero de Estado Julio Roberto Piza Rodríguez manifestó su impedimento para participar y decidir las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura de la referencia, por unirlo vínculo de amistad íntima con el demandado Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, de conformidad con el artículo 141 numeral 9 del Código General del Proceso (F. 255 c. ppal.).

Mediante auto del 1º de octubre del año en curso, los restantes miembros de la Sala Primera Especial de Decisión declararon fundado el impedimento y, en consecuencia, se le separó del conocimiento del proceso (F. 277 a 279 c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 237.5 de la Constitución Política prevé que el Consejo de Estado conocerá de los casos de pérdida de investidura de los congresistas. Por su parte el artículo 2 de la Ley 1881 de 2018 determina que corresponde a las salas especiales de decisión del Consejo de Estado conocer, en primera instancia, de las solicitudes de pérdida de investidura.

En consecuencia, la Sala Primera Especial de Decisión es competente para conocer, en primera instancia, de los medios de control de pérdida de investidura interpuestos por los ciudadanos José Manuel Abuchaibe, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez, en contra del senador Rutenis Aurelijus Antanas Mockus Sivickas.

2. Oportunidad del medio de control

El artículo 6 de la Ley 1881 de 2018 establece que la demanda deberá presentarse dentro del plazo de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generador, so pena de que opere la caducidad; dado que el hecho generador que se aduce en las solicitudes acumuladas se advirtió con la elección del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, llevada a cabo el 11 de marzo de 2018, la petición de pérdida de investidura no se encuentra caducada, en tanto que las demandas se presentaron el 23 y el 25 de julio del mismo año.

3. Legitimación en la causa y acreditación de la calidad de congresista

Los señores José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez están legitimados en la causa por activa, ya que todos son ciudadanos colombianos, se identificaron con nombres y apellidos, indicaron la causal de pérdida de investidura en cada solicitud y, finalmente, señalaron su lugar de residencia, como se desprende de los escritos de pérdida

de investidura, por lo que se cumplen las exigencias del artículo 5 de la Ley 1881 de 2018 (F. 21 c. ppal., 9 c. 2 y 10 y 11 c. 3).

De otro lado, el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas es el llamado a discutir o controvertir la pretensión sancionatoria, es decir, está legitimado en la causa por pasiva, dado que quedó establecida su condición de senador de la República para el período constitucional 2018 a 2022, con la copia de la Resolución n.º 1596 del 19 de julio de 2018, proferida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de Senado de la República, asignó las curules para ese período y ordenó la expedición de las respectivas credenciales (F. 22 a 36 c. ppal.).

4. Análisis de la Sala

4.1. Problema jurídico: corresponde a la Sala determinar si el senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas incurrió en violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, por hallarse incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas, en interés propio o en el de terceros y, en consecuencia, si es procedente decretar la pérdida de su investidura por la configuración objetiva y subjetiva de la causal contenida en el numeral 1 del artículo 183 ibídem.

4.2. La institución jurídica de la pérdida de investidura de congresistas

El primer referente normativo de la pérdida de investidura fue el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 1979 que, con un propósito moralizador, permitía despojar de la investidura a los congresistas cuando incurrieran en violación al régimen de

incompatibilidades o de conflicto de intereses, o cuando en un período legislativo faltaren a ocho sesiones plenarias sin justificación¹.

El conocimiento de la nueva acción se atribuyó al Consejo de Estado, corporación que no alcanzó a conocer ningún proceso de esta naturaleza, porque la reforma constitucional no tuvo desarrollo legal en razón a que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la declaró inexecutable mediante sentencia del 3 de noviembre de 1981².

La Constitución Política de 1991 conservó la mencionada institución al incorporar la acción de pérdida de investidura en los artículos 183 y 184, fijando directamente las causales para su procedencia y dejando en cabeza del Consejo de Estado su resolución.

Esta Corporación, una vez entró a regir la Constitución Política de 1991, se abstuvo de conocer de los procesos que se presentaron en ejercicio de la acción de pérdida de la investidura por la carencia de un desarrollo legislativo de la figura constitucional, al considerar que en este evento, como en otros, a pesar de que la Carta tiene fuerza normativa y vinculante sin necesidad de la intermediación del Congreso de la República, se requería de la regulación legal para su efectividad³.

La expedición de la Ley 144 de 13 de julio de 1994, *“Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”*, que desarrolló los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, hizo que entrara en pleno vigor la acción constitucional. Esta normativa se vino a complementar con las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, artículos 55 y 48, las cuales establecieron que la acción de pérdida de investidura igualmente procedía contra diputados, concejales municipales y distritales, y los miembros de las juntas administradoras locales.

Sin embargo, en otras normas constitucionales también fueron consagradas causales para la procedencia de la pérdida de investidura, razón por la que el análisis de estas debe hacerse a partir de una lectura integral del texto constitucional. Es así como en los artículos 109 y 110 de la Constitución se fijan

¹ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, exp. 2016-003886-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

² M.P. Fernando Uribe Restrepo.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 11 de diciembre de 1991, exp. AC-006, M.P. Miguel González Rodríguez. En igual sentido, auto del 21 de abril de 1992, exp. AC-108, M.P. Amado Gutiérrez Velásquez.

hechos o circunstancias diversas a las contempladas en el 183 como causales para la procedencia de la pérdida de la investidura.

El Congreso de la República expidió la Ley 1881 del 15 de enero de 2018, “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones*”, mediante la cual se derogó la regulación contenida en la Ley 144 de 1994, se desarrollaron los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y se garantizó el principio de la doble instancia para el proceso de pérdida de investidura, dado su carácter sancionatorio.

La pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional que hace parte de lo que genéricamente se ha denominado el “derecho sancionatorio punitivo del Estado”, es decir, de las manifestaciones del poder represivo y sancionador por conductas atribuibles o reprochables de un sujeto. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia explicó con especial claridad y *sindéresis* el género antes mencionado y sus características esenciales:

Precítese además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que el DERECHO PUNITIVO es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no sólo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle, las cuales, en sustancia, son las que siguen:

1. El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa (...) 2. *El del debido juez competente (...)* 3. *El del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento ex-post-facto, (...)* 4. *La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía juris, la analogía legis, o la interpretación extensiva, “in malam partem” o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo “in bonam partem” o para favorecer.* 6. (sic) *La garantía del “non bis in idem”...* 7. *Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de*

un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.

Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior, la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquélla no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantía enunciados atrás⁴.

En ese orden de ideas, es posible delimitar el medio de control y el proceso pérdida de investidura a partir de las siguientes características:

i) Es de naturaleza sancionatoria⁵, pues hace parte del *ius puniendi* del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, la competencia para tramitarlo y decidirlo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en el procedimiento previamente establecido por el legislador, con estricto apego a todos y cada uno de los subprincipios y subreglas que integran el derecho al debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Carta Política, incluido el de favorabilidad⁶.

ii) El objeto del proceso es de carácter ético⁷, en tanto las causales establecidas por el Constituyente reflejan un código positivizado de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge con el voto ciudadano y el principio de representación democrática.

A partir de la tipificación de las conductas objeto de reproche, ha de entenderse que el juez de la pérdida de la investidura debe juzgar si determinada conducta, acto o acción de quien ostenta la representación popular se ajusta a lo que el Constituyente y el legislador esperan de él.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, M.P. Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de “Jurisprudencia y Doctrina”, Edit. Legis S.A., Tomo XIV, N. 161, mayo de 1985, págs. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-ley 1835 de 1979, contentivo del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 8 de marzo de 2018, exp. 2017-00474-01, M.P. María Elizabeth García González.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de agosto de 2012, exp. 201100-254-00(PI), M.P. Hernán Andrade Rincón.

Entonces, el juez de la pérdida de investidura debe determinar si el demandado, con su conducta, lesionó la dignidad del cargo que ostenta y el principio de representación, a partir del análisis de las específicas causales que fijó el Constituyente. Son causales que imponen deberes y restricciones comportamentales a los aspirantes (inhabilidades) y a los integrantes (incompatibilidades y otras prohibiciones) de las corporaciones de elección popular.

En suma, el juicio de pérdida de investidura recae sobre el comportamiento ético de los congresistas y, en caso de acreditarse la configuración de la causal, se generan consecuencias jurídicas y políticas, en tanto la Carta Política impide que la persona vuelva a participar de los cuerpos colegiados de representación popular.

iii) El proceso de pérdida de investidura es de carácter o naturaleza jurisdiccional, que genera un impacto directo sobre los derechos políticos de quien resulta sancionado, en tanto si se remueve la investidura del congresista, se produce una inhabilidad para ocupar cargos de elección popular⁸.

iv) La sanción de desinvestidura no es redimible y, por el contrario, es de carácter permanente. Pese a que uno de los principios axiales de la Constitución Política de 1991 es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 superior, en este caso la sanción conlleva a que la persona declarada indigna no pueda aspirar nuevamente a cargos de elección popular. Esta aparente antinomia o contradicción se explica y justifica porque la pérdida de investidura busca amparar y hacer prevalecer el principio democrático, que identifica y define al Estado Colombiano, de modo que el derecho a ser elegido tiene que ceder, frente al respeto de la democracia, impidiendo que quien ha defraudado ese principio vuelva a ser depositario de la confianza del elector:

En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista⁹.

⁸ Constitución Política, artículo 179 numeral 4 y Ley 617 de 2000, artículos 30 numeral 1, 33 numeral 1, 37, numeral 1, 40 numeral 1.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-207 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Los miembros de las corporaciones públicas deben mantener incólume la dignidad que ostentan como representantes del pueblo. Eso es valioso para la democracia representativa. En efecto, el carácter de los representantes del pueblo, su comportamiento ético, es definitivo pues de ellos se espera, más que un conocimiento especializado en determinados temas, los más altos criterios de decencia, pulcritud, rectitud y honestidad.

Por consiguiente, la pérdida de investidura no indaga y emite juicios de valor sobre el criterio moral de los congresistas –su opinión y su voto–; *contrario sensu*, una verdadera democracia debería garantizar una representación variada de los diferentes sectores, culturas, comunidades, religiones, etnias y pensamientos de la sociedad, desde los mayoritarios hasta los minoritarios. Sin embargo, la pérdida de investidura sí juzga la condición de la conducta, del acto o de la acción de un congresista, porque valora su relación con el mundo exterior, sus inhabilidades, sus impedimentos, las prohibiciones a ciertos actos, así como el conflicto de intereses.

El instrumento de la pérdida de investidura es valioso porque permite valorar el comportamiento de los representantes elegidos por el pueblo, se efectúa de esta forma un control judicial de actos de corrupción de los parlamentarios. En este punto, es preciso recordar que por corrupción no solo debe entenderse la compra, venta, gestión o influencia sobre una persona para la obtención de beneficios otorgados a favor de alguien, sino que constituye, en términos políticos, “*todo acto que tiene como finalidad desviar al actor político de la función que le corresponde, de la responsabilidad que debe ejecutar en virtud de su cargo*”¹⁰. El acto de corrupción, es aquel consistente en desviar o evadir las funciones y responsabilidades propias del cargo y, por tanto, puede ser un ejercicio unipersonal en el que no intervengan otras personas, sino simplemente el servidor público que ejecuta el acto de corrupción.

La institución de la pérdida de investidura no contempla graduación alguna ni frente a las causales ni frente a las sanciones. Todas las causales son lo suficientemente graves para imponer la pena consistente en la pérdida definitiva del derecho a continuar ostentando la investidura y a volver a ser elegido como miembro de una corporación de elección popular.

¹⁰ Cf. TORRALBA, Francesc “*Qué es para usted la corrupción política*”, en: A.A.V.V. “Hartos de corrupción”, Ed. Herder, Barcelona, 2014, pág. 165.

De ese modo, la Constitución envía un mensaje claro: la dignidad de ser representante del pueblo es un valor tan alto y delicado que cualquiera de las causales de pérdida de investidura es suficiente para expulsar definitivamente de la vida política a quien resulte responsable de la afectación de la dignidad del Congreso, por incurrir en alguna de las conductas previstas como causal de pérdida de investidura.

Sin embargo, no hay lugar a adelantar dicha acción cuando se ha producido el deceso del acusado, pues la responsabilidad sancionatoria es personalísima¹¹.

v) Es un medio de control o acción pública y, por tanto, tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede formular dicha solicitud, además de la atribución otorgada a la mesa directiva de cada una de las cámaras que integran el Congreso de la República, en los precisos términos de la Ley 5 de 1992, artículo 41, numeral 7, y artículo 4º de la Ley 1881 de 2018.

La facultad que tiene todo ciudadano para impetrar esta acción, materializa, como lo ha reconocido esta Sala, el ejercicio democrático y el control ciudadano al que están sometidos los poderes públicos¹².

En conclusión, la pérdida de la investidura es una acción pública, que da origen a un proceso de carácter jurisdiccional y sancionatorio de propósito ético, con consecuencias políticas, en el sentido específico de restar en parte los derechos políticos de los ciudadanos; que castiga la violación de un régimen especial creado para los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, el cual tiene por fundamento la protección y la preservación del principio de representación y de la dignidad en el ejercicio del cargo que confiere el voto popular.

vi) El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva, ya que es preciso que se verifique que la conducta del

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 201001161-00 y 201001324-00, M.P. William Giraldo Giraldo. En el fallo se sostuvo: “Así las cosas, al constituir la acción de pérdida de investidura un juicio (...) que impone el cumplimiento de conductas propias y adecuadas a la dignidad del cargo de congresista, por sustracción de materia, si contra quien se dirige la acción fallece, la acción de pérdida de investidura se extingue”.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 2015-00102-00, sentencia del 23 de febrero de 2016, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

congresista o excongresista demandado, al incurrir en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución, fue dolosa o culposa tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018 y la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional¹³.

Mediante sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional dejó sin efectos dos sentencias proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. El fundamento constitucional en que se hizo consistir la vía de hecho, por defecto sustantivo, fue el haber dejado de realizarse el juicio de responsabilidad subjetivo o culpabilístico de los congresistas. En tal virtud, para la Corte es indispensable que en todo proceso de pérdida de investidura, trátase o no de las anteriormente llamadas causales objetivas (v.gr. no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras) subjetivas (v.gr. tráfico de influencias o indebida destinación de dineros públicos) se efectúe un juicio de reproche al comportamiento del congresista demandado.

De conformidad con lo anterior, para el tribunal constitucional es indispensable que en el proceso de pérdida de investidura se respeten no solo todas las garantías del principio-derecho al debido proceso, contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, sino que, igualmente, se efectúe un análisis de culpabilidad. La Corte Constitucional puntualizó:

Entonces, dentro de los elementos que se deben valorar en los procesos de pérdida de investidura se destaca la culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión, aspecto que implica verificar si se está ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa¹⁴.

Como se indicó, la Sala Plena de esta Corporación acogió el anterior razonamiento en sentencia del 27 de septiembre de 2016, oportunidad en la que, en términos muy similares a los de la Corte Constitucional, se insistió en la distinción entre el medio de control de nulidad electoral respecto del de pérdida de

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-632 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

investidura, en cuanto este último supone el juzgamiento del comportamiento humano y su censura o reproche¹⁵.

Ahora bien, lo que aún no ha definido la jurisprudencia de la Corte ni la de esta Corporación es el enfoque del principio de culpabilidad a la hora de juzgar la conducta del congresista demandado. En efecto, el concepto de “culpabilidad” como elemento del injusto penal, disciplinario o sancionatorio ha sufrido constantes evoluciones y críticas a lo largo de los años. En tal virtud, la Sala hará un recuento sucinto de las teorías que hasta la fecha se han expuesto en materia de culpabilidad, para mostrar la incertidumbre y la dificultad de darle contenido y alcance a este elemento del juicio sancionatorio¹⁶.

Una primera concepción de la culpabilidad indicó que debía ser entendida en sentido psicológico, como presupuesto subjetivo junto al cual tienen existencia las consecuencias del delito. El dolo y la imprudencia (culpa) son sus dos especies y, para su configuración, el juez tendría que efectuar un análisis volitivo y cognitivo del sujeto al que se le atribuye la conducta.

La segunda tesis de la culpabilidad es la psicológica-normativa que propone, por primera vez, el traslado de la voluntad del sujeto de la culpabilidad al tipo subjetivo, porque constituye el reproche al sujeto de no haber actuado de otro modo.

Con el finalismo en la teoría del derecho punitivo, el dolo y la culpa se radican definitivamente en la acción y, por ende, en el aspecto subjetivo de la tipicidad. En consecuencia, la culpabilidad se normativiza por completo, por lo que en este elemento se estudian la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, exp. 2016-003886-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁶ Cf. VELÁSQUEZ, Fernando “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, 1993, Lima, Perú, pág. 283 a 310.

De manera más reciente, con el funcionalismo penal alemán, se propone la sustitución de la culpabilidad por un concepto más general de responsabilidad, en el que se estudia la culpabilidad en sentido normativo –imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de otra conducta– y los fines de la pena, esto es, determinar si el sujeto es merecedor o no de la sanción. Una segunda vertiente del funcionalismo –mucho más normativa– apunta a estudiar la culpabilidad desde un punto de vista eminentemente jurídico, a partir del criterio de fidelidad para el derecho.

Como se advierte, la discusión sobre la culpabilidad en el derecho sancionatorio refleja un debate más filosófico y anterior, esto es, la tensión que existe entre causalismo y normativismo. Ahora bien, la Sala considera que tratándose de la institución de la pérdida de investidura de congresistas el criterio de culpabilidad no puede ser otro que el normativo, dado que la Constitución Política y la Ley 5 de 1992 no establecieron para la configuración de las causales que dan lugar a la desinvestidura del parlamentario la necesidad de verificar su estado volitivo y mucho menos psicológico en sede del criterio culpabilidad.

Así las cosas, el estudio del dolo o la culpa grave es preciso efectuarlo con los demás elementos de la causal específica que se esté juzgando, por tanto, para establecer si se configura el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura, es preciso verificar: i) si el congresista estaba en condiciones de comprender el hecho o circunstancia configurativa de la causa, ii) si le era exigible otra conducta o comportamiento y iii) si el congresista atendió las normas jurídicas.

vii) Con la expedición de la Ley 1881 de 2018 se consagró en el ordenamiento jurídico nacional, la garantía constitucional y convencional de la doble instancia para los procesos de pérdida de investidura de congresistas. Por tal motivo, la decisión de primera instancia corresponderá a una de las salas especiales creadas por el Consejo de Estado, en las que participará un consejero de cada Sección de la Corporación, mientras que la segunda instancia se surtirá ante el pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con exclusión de quienes adoptaron la decisión inicial (artículos 2 y 3 ibídem).

viii) Se trata de un medio de control que tiene un término de caducidad de cinco (5) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018. De allí que, si la demanda se presenta una vez vencido el mencionado plazo, será procedente declarar probada la excepción de caducidad, incluso de oficio, por tratarse de un presupuesto de la acción.

ix) Es una institución autónoma¹⁷ en relación con otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos¹⁸, sin que el adelantamiento de dos o más procesos por la misma conducta comporte indefectiblemente la violación del principio universal del *non bis in ídem*; no obstante, en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, el legislador estableció que si una misma conducta da lugar al ejercicio de la acción electoral y al de la pérdida de investidura, de forma simultánea, *“el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada, respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal”*, lo que quiere decir que el primer fallo que se profiera, bien dentro del medio de control de pérdida de investidura o de nulidad electoral, los aspectos objetivos harán tránsito a cosa juzgada en el otro proceso, pero el juicio sobre el aspecto subjetivo de la conducta del congresista, es exclusivo de la pérdida de investidura.

4.3. Análisis de los hechos ocurridos el día 20 de julio de 2018, día de la instalación del Congreso de la República

El señor Saúl Villar Jiménez manifestó que el congresista demandado, el día de posesión del Congreso de la República, se bajó los pantalones y mostró sus posaderas a todas las personas que estaban en el Capitolio Nacional, incluidos los

¹⁷ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 27 Especial de Decisión, sentencia del 21 de junio de 2018, exp. 2018-0781-00, M.P. Rocío Araújo Oñate.

¹⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 2015, exp. 2015-00872-00, M.P. Hernán Andrade Rincón.

parlamentarios, mujeres y niños, acto que calificó de “*impuro, inmoral, falto de ética, vulgar y obsceno*”.

En tal virtud, sindicó al señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas de vulnerar con su comportamiento los artículos 268 y 269 de la Ley 5 de 1992 que determinan que son deberes de los congresistas respetar el reglamento, el orden, la disciplina y la cortesía propias del cargo, y que son faltas de los congresistas cometer actos de desorden o irrespeto en el recinto de sesiones, respectivamente.

La Sala se abstendrá de analizar y juzgar la mencionada conducta del congresista demandado, dado que la misma no constituye, ni se adecúa a las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución y en la ley. Por tal motivo, esta Corporación carece de competencia funcional para juzgar disciplinariamente el comportamiento del señor Antanas Mockus Sivickas, al bajarse los pantalones y mostrar sus nalgas a todo el auditorio, el día de instalación del Congreso de la República, hecho notorio que quedó registrado por todos los medios de comunicación del país y cuya prueba fue acreditada en el proceso con la copia de los videos de los canales institucionales.

Cabe precisar que la Sala comparte el criterio manifestado por el Ministerio Público, en tanto solicita que la controversia se centre en la configuración o no de la causal de inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, porque el posible comportamiento indecoroso del demandado no es constitutivo de pérdida de investidura.

En ese orden de ideas, se compulsarán copias de esta providencia a la Comisión de Ética del Senado de la República, para que se surta la averiguación disciplinaria correspondiente, en los términos establecidos en los artículos 58 y siguientes de la Ley 5 de 1992, que le atribuyen la competencia para juzgar, entre otros, los comportamientos “*indecorosos, irregulares o inmorales*” imputables a los congresistas.

4.4. Alcance de la causal de pérdida de investidura consistente en la violación al régimen de inhabilidades, por la intervención en la gestión o

celebración de contratos ante entidades públicas en interés propio o de terceros

La causal que fue invocada en los tres escritos acumulados de solicitud de pérdida de investidura es la contenida en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política que preceptúa: “*Los congresistas perderán su investidura: (...) 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses*”.

El reglamento del Congreso de la República, contenido en la Ley 5 de 1992, reprodujo el contenido normativo del precepto constitucional en el numeral 1 del artículo 296, así: “*La pérdida de la investidura se produce: (...) 1. Por violación del régimen de inhabilidades*”.

Ahora bien, el numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política es una norma en blanco o de reenvío, toda vez que para determinar su contenido y alcance es preciso acudir a otras disposiciones y preceptos que regulan expresamente los regímenes de inhabilidades, de incompatibilidades y de conflicto de intereses de los congresistas.

La Sección Quinta de esta Corporación ha precisado la diferencia entre las nociones de inhabilidad e incompatibilidad, todas relacionadas con la función pública, para aquellos eventos de cargos de elección popular, así¹⁹:

En efecto, la inhabilidad constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que el concepto calidad se refiere al estado de una persona en particular, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para ejercer un cargo o dignidad²⁰. Por otra parte, la Sala ha definido la incompatibilidad como una limitación para desplegar una actividad por el hecho de ocupar un cargo, circunstancia que en criterio de la Sala no genera la nulidad de un acto electoral, pues a

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de junio de 2016, exp. 2015-0336-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁰ Cita del original. Sentencia Sección Quinta de 10 de septiembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 11001-03-28-000-2014-00028-00 y Sentencia Sección Quinta de 11 de marzo de 1999, M.P. Mario Alario Méndez, Exp. 1847.

*diferencia de las inhabilidades, que constituyen impedimentos para el ejercicio de un empleo, las incompatibilidades son circunstancias que ocurren con posterioridad a la elección, el nombramiento o la posesión*²¹.

De modo que, los congresistas pueden perder su investidura por la violación o el desconocimiento del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses. En el primer caso, se sanciona la configuración de un hecho previo a la elección que impedía a la persona acceder al empleo público; en el segundo, se reprocha una circunstancia sobreviniente, cuando la persona ya desempeña el cargo que le impedía permanecer vinculado a la corporación respectiva y, finalmente, el conflicto de intereses censura la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público, que afecta la decisión a tomar²².

Las inhabilidades tienen como objetivo impedir que ciertas personas puedan acceder al servicio público, para garantizar postulados torales del ordenamiento jurídico como la igualdad, la transparencia y la prevalencia del interés general. Por el contrario, las incompatibilidades persiguen que el congresista no emplee su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios o favorecimientos.

Los solicitantes indicaron que la inhabilidad en la que estaría incurso el congresista demandado es la contenida en el numeral 3 del artículo 179 ibídem, que establece que no podrán ser congresistas (inhabilidad): “(...) 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 entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección*”.

La configuración de la causal antes trascrita contiene, a su vez, tres hipótesis: i) la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas; ii) la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros y iii) la

²¹ Cita del original. Sentencia Sección Quinta de 4 de diciembre de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 11001-03-28-000-2014-00006-00

²² Cf. Corte Constitucional, sentencia SU-625 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ver igualmente: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 1572 del 28 de abril de 2004, M.P. Flavio Rodríguez Arce.

representación legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales.

En relación con la inhabilidad por la gestión de negocios y la celebración de contratos con entidades públicas, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado²³:

Generalidades de la intervención en gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas.

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

Desde las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se tenía claro el propósito de consagrar esta inhabilidad, como se lee en el siguiente aparte:

“En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).”²⁴

La intervención en esta causal de inhabilidad se materializa en dos conductas plenamente diferenciables, la primera de ellas, la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate y, la segunda, la celebración del contrato, implica la concreción de la intervención en un vínculo comercial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo.

Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:

“(...) se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de Congresista, por una parte, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales. Sobre estas

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, exp. 2014-00051, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁴ Cita del original. Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que **en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”**. Así, **la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud**; mientras que **la celebración de contratos sólo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato**, hecho que por expresa voluntad de la ley **resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal**. Ambos eventos o causales deben tener **ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección**.

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha²⁵.

Asimismo, **cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios**, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros^{26, 27}.

De otra parte, como lo ha precisado la Corporación²⁸, el alcance de la inhabilidad debe ser interpretado en forma estricta y restringida a los supuestos expresamente tipificados, dada la naturaleza de limitación al ejercicio de un derecho político, como lo es el de ser elegido (negrillas y subrayado del original).

²⁵ Cita del original. Sentencia del 13 de marzo de 1996, expediente AC-3311. Sentencia del 15 de julio de 2004, expediente 3379. Sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 3451. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, expediente 3671. Sentencia del 30 de septiembre de 2005, expediente 3656. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3174, 3175 y 3180. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3177, 3176, 3178, 3183, 3184 y 3238.

²⁶ Cita del original. Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1º de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245.

²⁷ Cita del original. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI).

²⁸ Cita del original. Cfr. entre otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de diciembre de 2002, Exp. 2002 1027 (PI-055), C.P. Germán Ayala Mantilla; de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

En el caso concreto, se endilgan al congresista demandado las dos descripciones típicas iniciales de la causal, según las cuales intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos ante las mismas en interés propio o de un tercero.

4.4.1. En primer lugar, la Sala delimitará la causal de pérdida de investidura desde la hipótesis de *“haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas”*.

Los verbos rectores de este primer segmento normativo de la causal sancionatoria consisten en *“intervenir”* y *“gestionar”*.

La palabra intervenir es equívoca y, en consecuencia, tiene una multiplicidad de significados, entre ellos los siguientes: i) examinar y censurar las cuentas con autoridad, ii) controlar y disponer de una cuenta bancaria por mandato o autorización, iii) ofrecer o pagar por cuenta del librador, iv) dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de funciones, v) hacer parte de un asunto e vi) interceder o mediar por alguien²⁹.

De igual manera, gestionar tiene varios significados como verbo transitivo según el Diccionario de la Real Academia (edición del tricentenario): el primero, consistente en *“llevar adelante una iniciativa o un proyecto”*; el segundo, *“ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo”* y, finalmente, el tercero, *“manejar o conducir una situación problemática”*.

Por su parte, existe un elemento objetivo que califica los verbos rectores, toda vez que la gestión debe estar encaminada a *“negocios”*, palabra que proviene del latín *negotium*, y que tiene variedad de significados, entre los que se encuentran: ocupación, quehacer, trabajo; dependencia, pretensión, tratado o agencia; aquello que es objeto o materia de ocupación lucrativa o de interés; acción o efecto de

²⁹ Diccionario de la Real Academia (edición del tricentenario).

negociar; utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende y el local en que se comercia algo.

En ese orden de ideas, el gestor es aquella persona que gestiona o participa en la administración de una empresa, de un negocio o de una organización. Por tal motivo, el mismo diccionario define al gestor(a) de negocios como la “*persona que se dedica profesionalmente a promover y activar en las oficinas públicas asuntos particulares o de sociedades*” o “*la persona que sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos en pro de aquel a quien pertenecen*”.

La Sala ha tenido ocasión de ocuparse del alcance de los verbos rectores de la inhabilidad objeto de análisis, en los siguientes términos:

Implica una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, en su propio interés o en el de terceros, con miras a obtener un resultado.

Si bien la ‘Gestión de negocios’ es una causal de inhabilidad autónoma de la ‘Celebración de contratos’, los términos ‘negocios’ y ‘contratos’ pueden tener elementos comunes.

La celebración de contratos supone la realización de una gestión previa; la gestión de negocios busca la celebración o ejecución de contratos y en general, un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente³⁰.

Además, la Sala ha puntualizado que gestionar, independientemente del resultado, entraña “*una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces. De lo anterior se infiere que la gestión se configura con una acción, se traduce en la actividad efectiva: la conducta concreta y real por medio de la cual se demanda ante un sujeto algo, sin que sea relevante, para configurar el concepto, el obtener la respuesta o la finalidad propuesta*”³¹.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de octubre de 2002, exp. 2002-0504, M.P. Ligia López Díaz.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de junio de 2006, expediente 2005-1331, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Por consiguiente, gestionar supone o implica manejar, conducir, llevar adelante algo, de allí que la Sala Plena de la Corporación ha exigido que para la acreditación objetiva de la causal de pérdida de investidura se establezca y acredite un comportamiento activo, dinámico del congresista en la gestión del negocio con la entidad pública. En otros términos, la conducta que se reprocha al congresista no es la de simple espectador, pues el verbo rector exige que su acción haya estado encaminada hacia un determinado fin, esto es, la consecución de un negocio o su perfeccionamiento con una entidad pública, con independencia de su resultado o efectiva celebración.

En efecto, el contenido y alcance de los verbos rectores intervenir y gestionar es positivo, activo o dinámico, en tanto requiere que la persona controle, disponga, haga parte de un asunto, interceda o medie por alguien en llevar adelante algo, en este caso, un negocio ante una entidad estatal.

En tal virtud, lo que se sanciona, en este supuesto de la causal, es la acción positiva, modificatoria del mundo exterior, que haya estado directamente orientada o dirigida a llevar adelante una iniciativa o un proyecto ante una entidad pública; a ocuparse de la administración de una actividad, prestación o servicio a su cargo o, finalmente, manejar o solucionar un problema de la misma.

De modo que, a partir de esta conceptualización, lo que sería imputable o atribuible a la persona es su intervención positiva, dinámica y concreta ante una entidad pública, para la búsqueda de un objetivo específico que tenga como propósito la búsqueda de un beneficio para sí, o para un tercero, de naturaleza no necesariamente económica y con independencia de que se obtenga o no, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones.

En ese orden de ideas, los elementos objetivos para que opere la causal por este supuesto fáctico son los siguientes: i) un comportamiento activo, positivo, dinámico de la persona que aspira al Congreso, ii) que efectivamente esa persona sea

elegida o que haya quedado en la lista de elegibilidad, iv) que la acción que desarrolló la persona estuviera dirigida a una entidad estatal, v) que el objeto de la acción fuera un negocio, es decir, un interés, un beneficio, una ganancia, una empresa, con independencia de que se hubiera o no materializado o concretado y vi) que esa intervención se hubiera presentado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección (elemento temporal – *ratione temporis*)³².

4.4.2. A continuación, la Sala delimitará la causal de pérdida de investidura desde la hipótesis de “*haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o de terceros*”.

Uno de los múltiples significados de la palabra o expresión “*celebrar*”, según el Diccionario de la Lengua Española, es el de realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere. Por su parte, el Diccionario del Español Jurídico, de la Real Academia de la Lengua, en asocio con el Consejo General del Poder Judicial Español, define celebrar de la siguiente forma: i) otorgar o firmar un contrato y ii) realizar actos procesales de un juicio o vista.

La expresión contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, que tiene como referencia la “*intervención para la celebración de contratos con entidades estatales*”, atiende al perfeccionamiento del negocio jurídico. Tratándose de contratos regidos por la Ley 80 de 1993, es decir, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la celebración se refiere al acuerdo de voluntades entre objeto y contraprestación, elevado a escrito, requisito de existencia establecido en el artículo 41 de esa normativa.

En relación con los contratos de régimen exceptuado, como ocurre con los convenios de asociación que se debaten en el caso concreto, es importante precisar que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, les resultan extensivos los principios de la función administrativa y las normas generales de la contratación pública, salvo lo

³² Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, exp. 2011-01707, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

reglamentado en esta última normativa. De allí que habrá que establecerse los requisitos de perfeccionamiento aplicables a cada caso concreto, para determinar en qué momento se entiende celebrado el respectivo negocio jurídico, sin que sea posible el desconocimiento de los postulados generales que rigen la contratación pública.

Ahora bien, la configuración de la causal puede darse bien porque el congresista directamente suscribió el contrato estatal, o porque lo hizo a través de un tercero – en virtud de una simulación o por interpuesta persona, delegación, designación, representación–. En otros términos, la inhabilidad se presenta cuando el congresista directamente o a través de un tercero celebre contratos con entidades estatales en beneficio propio o de un tercero, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección³³:

Tal utilización en las transacciones en que el estado actúa como sujeto contractual, conlleva el ocultamiento del verdadero celebrante en los contratos, embazándolo para disfrazar el real propósito que lo motiva al realizar la transacción y que, obviamente, está dirigido a la obtención de un beneficio personal para el congresista, mediante el empleo de medios que le son vedados por la ley, y que se ocultan a través de la utilización sutil y engañosa de un testaferro, el cual puede estar constituido bien por una persona natural o por una persona jurídica.

Para evitar esta forma falaz de contratación, el constituyente como el legislador prohibieron a los parlamentarios celebrar, salvo las excepciones de ley, contratos con las entidades del Estado mediante la utilización de otra persona como sujeto contractual, e incluyeron este impedimento en normas que, según criterio de la H. Corte Suprema de Justicia que la Sala comparte, no solo se refieren

‘...a que aquella no se pueda efectuar a través de un apoderado, pues la expresión es tan genérica que incluye cualquier forma de intervención de quien ha sido elegido en la rama legislativa. Por lo tanto, la incompatibilidad que se comenta, surge cuando tras el contratante se encuentran los intereses del congresista.

³³ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1º de diciembre de 1993, exp. AC-1993-0632-00, M.P. Miguel Viana Patiño.

Ahora bien, el intermediario para la contratación no necesariamente ha de ser una persona natural, también puede serlo una persona jurídica, la cual, evidentemente, como lo afirma el inculpado, es una persona ficticia distinta de las naturales, lo que no descarta que actúe en esa condición. Y de hecho siempre lo hace, pues no puede desconocerse que el contrato de sociedad tiene como finalidad el beneficio de sus socios...’ (Auto, noviembre 19 de 1992, M.P. Dr. Saavedra Rojas).

De estas reflexiones, surge con suficiente claridad que al celebrar la Corporación Autónoma Regional del Cesar, y el Instituto de Capacitación para Adultos Rosita Dávila de Cuello los contratos de publicidad a que se ha hecho referencia con la Sociedad Vallenatos Asociados Ltda.", ésta última realizó dichas transacciones como interpuesta persona, en negociaciones que beneficiaron los intereses económicos del senador Alvaro Araujo Noguera, socio mayoritario de la citada sociedad. En tal virtud el citado Senador violó el régimen de incompatibilidades de los congresistas.

No significa lo anterior que todo contrato que suscriba un parlamentario con una entidad estatal tenga la virtualidad o potencialidad de desencadenar la inhabilidad, puesto que existen entidades estatales que compiten en el mercado, por lo que es posible o viable que una persona que aspiró legítimamente al Congreso de la República sea usuario de esos servicios, por ser de aquellos que son ofrecidos por el Estado a las personas en condiciones comunes o normales. Entre este tipo de servicios, a modo simplemente ilustrativo, se hallan los siguientes: i) bancario (v.gr. servicios de cuenta corriente o de ahorros), ii) asegurador (v.gr. póliza de seguros de vehículos o de personas), iii) salud (v.gr. EPS estatal), etc.

La participación del congresista en las etapas subsiguientes a la celebración del contrato, como por ejemplo su ejecución y liquidación, no tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad analizada porque la lectura restrictiva de la norma sancionatoria impide que se haga una aplicación extensiva o analógica de la inhabilidad y, por ende, de la causal de pérdida de investidura a etapas contractuales que no fueron previstas expresamente por el Constituyente³⁴.

³⁴ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2008, exp. 2008-00316-00, M.P. Mauricio Torres Cuervo. Pueden consultarse, igualmente: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de septiembre de 2002, exp. PI-7452. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de mayo de 1995, exp. acumulados 1146, 1148 y 1149.

Por consiguiente, tratándose del supuesto “*haber intervenido en la celebración de contratos con entidades estatales*”, el tipo objetivo contiene un ingrediente normativo consistente en que el congresista, o un tercero, se hubieran beneficiado o tenido la posibilidad de favorecerse económica o políticamente de ese negocio jurídico.

La jurisprudencia de la Corporación ha señalado que la gestión y la celebración de contratos son dos formas de intervención autónomas y *abiertamente distintas*, ya que la gestión se refiere a las tratativas precontractuales y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, de allí que tenga una mayor amplitud, en tanto que la celebración de contratos solo atiende a la participación del candidato en la suscripción o perfeccionamiento del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. En los dos eventos el hecho debió tener ocurrencia dentro de los seis meses anteriores a la elección³⁵.

Cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye con la celebración de un contrato, la causal de inhabilidad solo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la materialización de un contrato o negocio jurídico no tiene éxito, entonces la causal se analiza a la luz de la gestión de negocios propiamente dicha.

Ahora, la expresión “*contratos*” con entidades públicas no puede suponer excluir de la causal a otros negocios jurídicos celebrados con las mismas entidades, como ocurre con los convenios de asociación y otras formas convencionales, en relación con las cuales si bien existe discusión sobre su naturaleza jurídica como contrato estatal propiamente dicho³⁶, lo cierto es que sí tienen como origen un

³⁵ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 13 de marzo de 1996, exp. AC-3311, del 15 de julio de 2004, exp. 3379, sentencia del 10 de marzo de 2005, exp. 3451, del 9 de septiembre de 2005, exp. 3671, del 30 de septiembre de 2005, exp. 3656 y del 10 de noviembre de 2005, exp. acumulados, 3174, 3175 y 3180.

³⁶ Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, los citados convenios de asociación son una especie o modalidad de contratos estatales. Así lo concluyó: “1) *Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.*

2) *Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordados con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y además, para la creación de personas jurídicas*” Concepto n°. 2319 del 30 de mayo de 2017, C.P. Edgar González López.

acuerdo de voluntades en el que interviene y participa una entidad pública. De modo que, mal haría la jurisprudencia de la Corporación en excluir a los convenios de asociación de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 superior, máxime si resulta perfectamente posible que esta modalidad de negocio otorgue un privilegio o preminencia electoral al ciudadano que desee aspirar a un cargo de elección popular, siempre que lo haya celebrado directamente o por interpuesta persona para obtener el provecho económico o social para sí o para un tercero.

4.5. Análisis de la causal invocada en las demandas, esto es, la violación al régimen de inhabilidades por la intervención en la gestión o celebración de contratos ante entidades públicas en interés propio o de terceros

Se advierte que para resolver la controversia se tendrán en cuenta las pruebas que obran en el expediente, incluidas las copias simples aportadas, porque las mismas gozan de valor probatorio, de acuerdo con el artículo 246 de la Ley 1564 de 2012 “CGP”³⁷, aplicable a esta controversia por vía de integración normativa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 “CPACA”, además, en aplicación del principio constitucional de buena fe, toda vez que las mismas no fueron tachadas de falsas por las partes, y porque en relación con ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

En el proceso quedó acreditada la calidad de senador para el período 2018 a 2022 el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, con la copia de la Resolución n.º 1596 del 19 de julio de 2018, proferida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de Senado de la República, asignó las curules para ese período y ordenó la expedición de las respectivas credenciales (F. 22 a 36 c. ppal.; 12 a 26 c. exp. 2018-02482 y 10 a 17 c. exp. 2018-02445).

³⁷ “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado, a partir del estudio de los debates surtidos en la Asamblea Nacional Constituyente, que el propósito de la Carta Política en materia de inhabilidades para la elección no fue otro distinto que el de evitar la utilización de los factores de poder del Estado con fines electorales, e impedir con ello la posible manipulación del electorado, al concluir que la gestión, celebración y/o ejecución de obras o prestación de servicios a favor de la comunidad tiene la potencialidad de generar situaciones de ventaja para los contratistas estatales que aspiran a una curul en cargos de elección popular³⁸.

En el caso concreto, las demandas acumuladas sostienen que el comportamiento del congresista demandado configuró la causal de inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, dado que celebró e intervino en la gestión de los convenios de asociación n.º 10 y 0566 de 2017, suscritos con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., “UAESP”, respectivamente.

4.5.1. Intervención en la celebración de contratos:

La causal de pérdida de investidura se refiere, en uno de sus verbos rectores, a que el congresista hubiera celebrado (i) contratos o convenios con entidades públicas, (ii) en interés propio o en el de terceros, (iii) dentro de los seis meses antes de la fecha de la elección.

Los demandantes, en la audiencia de que trata el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, fueron enfáticos en sostener que debía decretarse la pérdida de investidura del congresista demandado –y anularse los votos obtenidos en el proceso de nulidad electoral– comoquiera que mantuvo la condición de representante legal de Corpovisionarios aun después de celebrada la contienda electoral para la conformación del Congreso de la República.

³⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de mayo de 2001 AC-2000-123-00, M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

En el caso concreto, Corpovisionarios –corporación o entidad sin ánimo de lucro, constituida mediante acta del 27 de julio de 2001 e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 000445505 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro– celebró con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., “UAESP” los convenios de asociación n.º 10 del 9 de noviembre y 0566 del 10 de noviembre de 2017, respectivamente.

La Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto “ACPP” es una unidad administrativa especial, del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y presupuestal, adscrita directamente al despacho del Gobernador de Cundinamarca, creada mediante Ordenanza Departamental n.º 0254 de 2006. La entidad estatal tiene por objeto: *“gestionar, implementar, coordinar y evaluar, de forma articulada con las instancias competentes, los planes, programas y proyectos de la política de paz, para las víctimas, la reintegración y la superación del conflicto”* (F. 82 c. ppal.).

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., “UAESP” es una entidad distrital descentralizada por servicios, que tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas del Distrito Capital y el servicio de alumbrado público.

Ahora bien, el convenio de asociación n.º 10 del 9 de noviembre de 2017 suscrito entre Corpovisionarios y la ACPP tuvo por objeto: *“aunar esfuerzos humanos, administrativos, técnicos y financieros para apoyar el diseño y la implementación de un ejercicio de visión compartida en el departamento de Cundinamarca, que desde el enfoque de cultura ciudadana contribuya a la construcción de una mirada de paz por parte de la ciudadanía, que parta de la corresponsabilidad en las relaciones personales y familiares en la vida cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes”* (F. 81 a 101 c. ppal.).

El citado convenio inició el 16 de noviembre del mismo año (fecha de suscripción del acta respectiva), y el plazo de ejecución corrió inicialmente hasta el 22 de diciembre siguiente; no obstante, se prorrogó en dos oportunidades y, por lo tanto, su vigencia se amplió hasta el 16 de marzo de 2018. El señor John Criollo rindió informe final de supervisión y lo declaró cumplido a satisfacción (F. 358 c. anexo 1). Las partes suscribieron el acta de terminación el 15 de agosto de 2018 (F. 359 a 362 c. anexo 1).

Además, su valor fue de cuatrocientos veintiocho millones quinientos setenta y un mil cuatrocientos veintinueve pesos moneda corriente (\$428'571.429,00) (F. 91 c. ppal.). De esta suma, Corpovisionarios habría de participar con \$128'571.429,00, y la entidad estatal con \$300'000.000,00, pagaderos estos últimos en tres desembolsos: el primero al momento de perfeccionamiento del convenio; el segundo con el informe parcial de avance sobre la recolección de información y la aprobación por parte del supervisor, y el tercero con la entrega de los listados de asistentes (mínimo dos) a los talleres desarrollados en dos municipios de Cundinamarca o en Bogotá, la entrega de un informe final en *power point*, la entrega de un documento en *Word* de insumo técnico para el plan decenal del departamento, la entrega del material audiovisual recolectado durante todo el proceso, los elementos digitales complementarios y la aprobación del desembolso por parte del supervisor del contrato (F. 93 c. ppal.).

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., "UAESP" abrió la convocatoria pública n°. UAESP-CCA-01-2017 con el objetivo de que entidades sin ánimo de lucro presentaran propuestas para la celebración de un convenio de asociación cuyo objeto consistió en "*aunar esfuerzos entre los asociados para el fortalecimiento de la cultura ciudadana en el distrito capital de Bogotá, que logre el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos y la separación en la fuente en la ciudad de Bogotá*" (F. 2 a 31 c. anexo 2).

La UAESP, una vez evaluadas las propuestas, decidió celebrar el convenio de asociación n°. 566 del 10 de noviembre de 2017 con Corpovisionarios. El objeto del convenio fue aunar esfuerzos entre los asociados para el fortalecimiento de la

cultura ciudadana en el distrito capital de Bogotá, orientado a lograr el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos. El valor ascendió a la suma de \$671'943.127,00 y el plazo de ejecución inicial fue de seis meses contados a partir del acta de inicio (F. 43 a 50 c. anexo 2).

El acta de inicio del convenio se firmó el 17 de noviembre de 2017 y, en principio, el negocio tendría vigencia hasta el 16 de mayo de 2018; no obstante, se prorrogó por una sola vez hasta el 18 de julio de 2018 (F. 75 y 76 c. anexo 2).

En este punto es importante precisar que el régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación n.º 10 y 0566 de 2017 es el dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998³⁹ y el Decreto 092 de 2017⁴⁰, es decir, preceptos que regulan y reglamentan, respectivamente, el contenido del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política⁴¹.

³⁹ *“Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos: (...).”

⁴⁰ *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”.*

⁴¹ *“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

En el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, determina que a los convenios de asociación se les aplicarán las disposiciones generales del Estatuto General de Contratación Administrativa de las Entidades Públicas, salvo en lo específicamente regulado en esa normativa. En consecuencia, para establecer la forma de perfeccionamiento de los citados negocios jurídicos, resulta necesario acudir a lo establecido por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. En ese orden de ideas, los convenios de asociación objeto de análisis se perfeccionaron con el acuerdo de voluntades de las partes elevado a escrito, es decir, con su celebración y suscripción. De allí que su celebración se verificó o produjo con la correspondiente suscripción o firma, que daba cuenta del consentimiento otorgado por los contratantes.

En este punto, si bien se trata de convenios de asociación y no de contratos propiamente dichos, como lo establece la norma inhabilitante, dichos convenios de asociación es el nombre que se les da en la Ley 489 de 1998 a los contratos que celebran las entidades estatales con las entidades sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, de acuerdo, se insiste, con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política.

En razón a lo anterior, en este caso, si bien se denominan convenios de asociación, se trata de contratos celebrados entre una entidad sin ánimo de lucro y una entidad estatal, lo cual también se encuentra probado y no hay lugar a discusión sobre la naturaleza jurídica de la ACPP y la UAESP⁴².

⁴² Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, los citados convenios de asociación son una especie o modalidad de contratos estatales. Así lo concluyó: “1) *Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.*

2) *Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y además, para la creación de personas jurídicas”* Concepto n°. 2319 del 30 de mayo de 2017, C.P. Edgar González López.

Los convenios de asociación n.º 10 y 0566 de 2017 fueron suscritos, por parte de Corpovisionarios, por el señor Henry Samuel Murrain Knudson en calidad de director ejecutivo de la entidad sin ánimo de lucro (F. 101 c. ppal. y 43 a 50 c. anexo 2). El señor Murrain Knudson fue nombrado director ejecutivo de Corpovisionarios mediante acta n.º 38 del consejo directivo del 16 de septiembre de 2014, inscrita el 9 de octubre del mismo año, bajo el número 00242943 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro (F. 14 del cuaderno anexo 1).

De acuerdo con los demandantes, el director ejecutivo actuó como delegatario o apoderado del Presidente de Corpovisionarios al momento de celebración de los mencionados convenios.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que, a pesar de que el señor Mockus Sivickas mantuvo la condición de Presidente de Corpovisionarios, incluso después de llevadas a cabo las elecciones parlamentarias⁴³, el director ejecutivo no actuó como delegatario de aquel, sino como representante legal de la entidad sin ánimo de lucro, pues, conforme a los estatutos, este podía representar a la persona jurídica para su administración general en materia contractual, administrativa y laboral hasta por un monto de 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, previo acto de activación de esa facultad, el cual en este caso fue expedido desde 2014, esto es, tres años antes de que se llevaran a cabo las elecciones.

El artículo 42 del Decreto-ley 2150 de 1995, en relación con las entidades sin ánimo de lucro, establece que estarán sometidos a registro en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica, en los mismos términos, derechos y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales, los estatutos y sus reformas, los nombramientos de los administradores, los libros, la disolución y la liquidación.

⁴³ El señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas fue nombrado presidente de Corpovisionarios mediante acta n.º 19 de la asamblea general del 15 de marzo de 2016, inscrita el 5 de mayo de 2016, bajo el número 0021586 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro (F. 14 c. anexo 1).

Además, el artículo 43 de esa misma normativa determina que la existencia y representación legal de las entidades sin ánimo de lucro se probará con la certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, de conformidad con el régimen previsto para las sociedades comerciales.

Corpovisionarios desde su constitución –y así estaba definido en los estatutos y aparece en el certificado de existencia y representación legal expedido antes del período inhabilitante– tenía una representación compartida o plural que le permitía al presidente trasladar funciones de administrador general en cabeza del director ejecutivo, como efectivamente ocurrió en el caso concreto.

Esa representación la ejercía el director ejecutivo de Corpovisionarios como administrador de la entidad sin ánimo de lucro, sin que pudiera entenderse como un mandatario o delegatario del presidente, por cuanto la asamblea general quiso inequívocamente que aquel pudiera llevar la representación de la Corporación de forma compartida con este último, por lo que sus actos y acciones afectaban directamente a la Corporación y no al señor Antanas Mockus Sivickas. Así consta en el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios del 12 de marzo de 2018 (F. 39 y 40 c. ppal.):

Representación legal: el Presidente. El director ejecutivo podrá llevar la representación legal de la corporación, por delegación del presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral. En caso de ausencias temporales, el Consejo Directivo encargará a la persona que lo reemplazará.

(...) Que por acta 19 de la Sala General del 15 de marzo de 2016, inscrita el 5 de mayo de 2016 bajo el número 00361586 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro, fue(ron) nombrado(s):

Presidente

MOCKUS SIVICKAS AURELIJUS RUTENIS ANTANAS

Que por acta No. 38 del Consejo Directivo del 16 de septiembre de 2014, inscrita el 9 de octubre de 2014, bajo el número 00242943 del Libro de las entidades sin ánimo de lucro fue(ron) nombrado(s):

Directo Ejecutivo

MURRAIN KNUDSON HENRY SAMUEL

Ahora, en los estatutos de Corpovisionarios, según el mismo certificado de existencia y representación legal, eran funciones del presidente: “1. *Representar legal y socialmente a la Corporación. 2. Presidir las reuniones de la Sala General y del Consejo Directivo. 3. Presentar a la Sala General en su reunión anual un informe de gestión. 4. Velar por el cumplimiento de los estatutos. 5. Delegar al director ejecutivo la representación legal de la Corporación y las demás funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral. 6. Constituir apoderados (...)*” (F. 40 c. ppal.).

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios -tanto en el que fue expedido el 13 de junio de 2017, esto es antes del período inhabilitante, como en el que se aportó con la solicitud de pérdida de investidura, del 12 de marzo de 2018-, desde el año 2014 la asamblea general confirió la representación legal de la Corporación tanto al presidente como al director ejecutivo, este último por delegación de aquel, para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral (F. 23 c. anexo 1).

El numeral 6 del artículo 110 del Código de Comercio establece como requisito para la constitución de una sociedad comercial o entidad sin ánimo de lucro, que en los estatutos se especifique la “*forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad*”.

El señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, Presidente de Corpovisionarios, “delegó” al director ejecutivo la facultad para celebrar contratos, de acuerdo con las funciones de representación legal que le atribuyó la asamblea

general, así consta a folio 14 del cuaderno anexo 1, en el que obra la Resolución n°. 3 del 10 de octubre de 2014:

El presidente de la Corporación Visionarios por Colombia, en ejercicio de sus facultades, en especial de las que le confiere el artículo 29, numeral 5 de los estatutos de la entidad,

Resuelve:

Artículo 1º. Delegación de funciones y facultades. Delegar en el director ejecutivo de la Corporación, las siguientes funciones y facultades.

Celebración de contratos. Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la entidad, cuya cuantía no supere el monto de mil cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual (F. 14 c. anexo 1).

En los estatutos de Corpovisionarios, allegados en copia auténtica, se estableció lo siguiente en relación con las funciones del director ejecutivo:

Las funciones y atribuciones del director ejecutivo serán las que señale el Consejo Directivo y tendrá todos los derechos y obligaciones de un administrador general, de tesorero y ejercerá principalmente las siguientes funciones:

1. Presentar anualmente al Consejo Directivo el plan de acción para el período inmediatamente siguiente, así como el presupuesto, el programa de inversiones y demás propuestas para asegurar la adecuada gestión.

2. Someter al Consejo Directivo el nombramiento de funcionarios y proponer la remuneración correspondiente.

3. Administrar todos los bienes de la Corporación.

4. *Desempeñar la secretaría de la Asamblea y del Consejo Directivo de la Corporación.*

5. *Informar al Consejo Directivo sobre las contingencias...*

6. *Presentar mensualmente al Consejo Directivo los resultados del plan de acción.*

7. *Las demás que le asignen el Consejo Directivo o el Presidente (F. 6 c. anexo 1).*

De modo que en los estatutos de la Corporación se adoptó lo que en derecho de sociedades y de entidades sin ánimo de lucro se ha denominado una representación legal plural o coadministración de la persona jurídica⁴⁴.

En síntesis, de los medios de convicción reseñados es posible dar por acreditados los siguientes hechos: i) el convenio de asociación n°. 10 de 2017 fue celebrado entre la ACPD y Corpovisionarios, ii) el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus era el presidente y, por ende, el representante legal de Corpovisionarios para la fecha de suscripción del convenio de asociación y seguía siéndolo, al menos, hasta el 12 de marzo de 2018, es decir, al momento de las elecciones para el Congreso de la República y iii) el director ejecutivo de Corpovisionarios por decisión de su asamblea general podía llevar su representación legal de forma compartida o plural con el presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral; iv) desde 2014, el presidente de Corpovisionarios transfirió al director ejecutivo la facultad de celebrar contratos hasta por un monto máximo de 1.400 salarios mínimos legales mensuales

⁴⁴ *“Es factible la adopción estatutaria de sistemas de representación legal plural, conforme a lo previsto en el artículo 400 del Código de Comercio. La doctrina nacional se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre la viabilidad de los sistemas plurales de representación legal. Gabino Pinzón ha expresado, acerca de ese particular, que ‘pueden ser varios los representantes (...) sino también para distribuir entre ellos las funciones de representación, atribuyendo a un gerente la representación en determinadas secciones o clases de negocios y dejando a otros la representación general. Es necesario, desde luego, que esa distribución de funciones entre varios gerentes esté claramente establecida en los estatutos, a fin de que mediante la publicidad legal del contrato social, con su inscripción en el registro público de comercio, haya certeza al respecto para terceros; de lo contrario hay que entender que cada gerente representa a la sociedad con iguales facultades dentro de la comprensión del objeto social’. La Superintendencia de Sociedades también se ha referido a este mecanismo...”* REYES Villamizar, Francisco “Derecho Societario”, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, Pág. 583.

vigentes, de conformidad con los estatutos de la Corporación. Este acto del representante legal –avalado por los estatutos, que permitían esa delegación expresamente– no fue registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, pero sí fue aportado como documento precontractual para la celebración de los convenios de asociación objeto de análisis.

Entonces, resulta incuestionable que el demandado, haciendo uso de la autorización prevista en los estatutos de la Corporación, “delegó” y, por tanto, se desprendió de la gestión contractual de los negocios cuya cuantía fuera igual o inferior a 1.400 salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$1.032´803.800,00 para el año 2017). Y dado que ninguno de los convenios celebrados con la ACPD y la UAESP superó ese valor, es posible concluir que esos negocios podían ser suscritos por el director ejecutivo, lo cual se encontraba dentro de su órbita de competencia corporativa, máxime si en los estatutos y en el respectivo certificado de existencia y representación legal se le facultaba para llevar la administración de la entidad sin ánimo de lucro, aspecto este último que aparecía efectivamente inscrito en el registro mercantil, desde la propia constitución de la Corporación.

De allí que, se reitera, no pueda afirmarse o sostenerse que los actos, gestiones o tratativas que adelantara el director ejecutivo con entidades públicas fueran en nombre y representación del Presidente de Corpovisionarios, sino que, por el contrario, todas las gestiones, convenios o contratos – de naturaleza laboral, administrativa, o contractual civil y pública– que llevara a cabo el director ejecutivo repercutían directamente en la persona jurídica sin ánimo de lucro, pues resulta incuestionable que tenía, en virtud de una habilitación estatutaria expresa, la representación legal de aquella desde el año 2006 y esa potestad se activó a partir de 2014, con la mencionada Resolución 3 suscrita por el Presidente de la Corporación.

En otros términos, al celebrar los convenios de asociación a que se viene haciendo referencia, el director ejecutivo de Corpovisionarios consignó el querer de la asociación expresada en los estatutos, tal como aparece en el certificado de existencia y representación legal de esa asociación, al conferirle la representación de la misma cuando se tratara de la celebración de convenios o contratos hasta

por un monto de 1.400 s.m.l.m.v.m. y, por lo tanto, no actuó como mandatario, ni como delegatario del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

Es por ello que no hay lugar a concluir que en la actuación contractual que ocupa la atención de la Sala de Decisión, y que es sustento de las circunstancias fácticas de la demanda de desinvestidura, los convenios celebrados se hubieran celebrado y ni siquiera hecho tratativas a nombre y representación del hoy senador; al contrario, es claro que los mismos fueron celebrados por el director ejecutivo de Corpovisionarios. En consecuencia, no puede atribuírsele al entonces candidato – hoy senador- conducta constitutiva de la causal de inhabilidad invocada en las demandas. La realidad que rodeó la celebración de los contratos, insiste la Sala, es la existencia de una división en la representación del ente corporativo-societario, la cual se había decidido mucho antes de la celebración de los mentados convenios, puesto que estaba contemplada en los estatutos de la entidad sin ánimo de lucro.

Se afirma de ese modo, porque es importante no perder de vista y destacar al grado sumo que la Resolución 3 de 2014 contiene un espectro muy amplio de materializar la división de la administración autorizada por sus estatutos, sin necesidad de mandato específico o especial para la negociación que ocupa la atención de la Sala. Aunado a que esa representación compartida incluso se había determinado de antaño en el año 2006 con los estatutos aprobados por la asamblea general de la Corporación.

Por otra parte, la Sala no puede dejar pasar por alto que la figura de la delegación es propia de los servidores públicos, en los términos del artículo 211 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, contexto que no se predica de la situación fáctica de la Corporación Visionarios por Colombia, que fue la que celebró los contratos que sustentan la demanda de pérdida de investidura.

De allí que no pueda imputársele la celebración del negocio jurídico al demandado Antanas Mockus Sivickas, por cuanto directamente no lo celebró y porque no fue la persona encargada de ejecutar el acto necesario para el perfeccionamiento del convenio, esto es, otorgar el consentimiento en nombre y representación de

Corpovisionarios, puesto que esa facultad estaba radicada en cabeza del director ejecutivo de la Corporación, quien tenía la capacidad de comprometer la voluntad de esta en todos los contratos que no superaran en valor la suma equivalente a 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Teniendo en cuenta que, si bien el demandado tenía la calidad de presidente de la entidad sin ánimo de lucro, y la representación legal compartida, también es cierto que tenía la facultad estatutaria, debidamente registrada en el certificado de existencia y representación legal, de delegar no solo la representación legal, sino cualquier función que estimare pertinente. Lo que efectivamente hizo mediante resolución n.º 3 del 10 de octubre de 2014.

Por consiguiente, la facultad para contratar todo lo relacionado con el manejo, administración y funcionamiento se encontraba en cabeza del director ejecutivo desde el 10 de octubre de 2014, y fue en virtud de tal delegación hecha por el presidente de la Corporación que el director ejecutivo suscribió los convenios de asociación, pues era parte de los documentos precontractuales y contractuales de esos contratos estatales.

Como se analizó en el acápite 4.4. de esta providencia, los verbos rectores de la inhabilidad que, de paso, da lugar a la pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades son los de “intervenir”, “gestionar”, “celebrar” o “representar entidades que administren recursos parafiscales”.

Resulta incuestionable que el congresista demandado sí ejerció la representación legal de Corpovisionarios durante el período fijado en el numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política, pero no desarrolló los verbos rectores necesarios para la configuración de la causal, dado que no celebró los convenios de asociación n.º. 10 y 0566 de 2017 celebrados con la ACPP y la UAESP, respectivamente, ya que no fue la persona encargada de manifestar el consentimiento de Corpovisionarios, toda vez que, se reitera, esa facultad estaba radicada en cabeza del director ejecutivo desde el año 2014, con el acto de autorización que le trasladaba la representación legal de la Corporación en materia contractual, administrativa y laboral.

Así las cosas, los convenios de asociación n°. 10 y 0566 de 2017 fueron suscritos directamente por Corpovisionarios a través de su director ejecutivo, que era uno de sus representantes legales, por lo que no puede hablarse de mandato, simulación o contratación por interpuesta persona, comoquiera que la Corporación era la encargada directamente de la prestación del servicio convenido, esto es, la promoción de una visión de paz compartida en el departamento de Cundinamarca y el fortalecimiento de la cultura ciudadana en la ciudad de Bogotá, respectivamente.

En otros términos, para que se hubiera configurado la causal por celebración de contratos con entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la elección, se debió acreditar bien que el señor Antanas Mockus Sivickas suscribió directamente los convenios de asociación con la ACPP o la UAESP –aspecto que, como se analizó no ocurrió– o que él era la persona encargada de la prestación del servicio contratado, para lo cual usó a Corpovisionarios simplemente como un vehículo de negocios –interpuesta persona o simulación– circunstancia que tampoco quedó establecida en el caso concreto–.

En efecto, en el proceso no quedó probado que los convenios de asociación tuvieran como propósito beneficiar directamente al señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas o a un tercero. Por el contrario, las pruebas documentales decretadas dan cuenta de que esos convenios tuvieron por objeto aunar esfuerzos para el desarrollo de la paz y de la cultura ciudadana, de modo que quien suscribió los convenios fue una corporación sin ánimo de lucro y en beneficio de un interés general.

Es así como, no hay dudas que los contratos se celebraron con una persona jurídica y fueron signados por el director ejecutivo de la misma con facultad para contratar, el señor Murrain Knudson, quien contaba con total autonomía para celebrar contratos hasta por 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, y en virtud de la interpretación taxativa y restrictiva que por ser limitaciones al derecho fundamental a ser elegido, se debe hacer de las inhabilidades y de las causales de pérdida de investidura, en este caso, la

suscripción del contrato por el señor Henry Samuel Murrain Knudson como director ejecutivo con facultad para contratar por Corpovisionarios, con la ACPP y la UAESP, no conllevan a la incursión en la inhabilidad de la celebración de contratos por el demandado, de que trata el artículo 179.3 de la Constitución Política, puesto que efectivamente no fue él quien suscribió los convenios de asociación, y si la persona jurídica de la cual era presidente sí los suscribió, está demostrado en el proceso que la representación legal era compartida, así como la administración de la entidad, por lo que la facultad para contratar estaba en cabeza del director ejecutivo, y ostentar la condición de presidente de la entidad, por sí solo, no configura la inhabilidad.

4.5.2. Intervención en la gestión de contratos:

La norma constitucional del numeral 3 del artículo 179, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda de pérdida de investidura, contiene un aspecto temporal limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; uno material relacionado con la conducta denominada intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas (sujeto pasivo) y, finalmente, un aspecto modal o de propósito, que la gestión se haga en interés propio o de terceros.

En las demandas acumuladas se imputó al demandado la posible gestión de contratos con entidades estatales, motivo por el cual la Sala analizará los elementos probatorios que se decretaron y practicaron en el proceso, para determinar si quedó acreditado que el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas intervino ante la ACPP y/o la UAESP durante el trámite precontractual que culminó con la materialización de los convenios de asociación n.º 10 y 0566 de 2017.

El 3 de septiembre de 2018, se recibió el testimonio de los señores Henry Samuel Murrain Knudson, director ejecutivo de Corpovisionarios; Jhon Alexander Criollo Vargas, subgerente técnico de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y supervisor del convenio de asociación n.º. 10 de 2017 y Hermógenes López Poveda, subgerente administrativo y financiero de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto.

El primero de los declarantes mencionó que en el mes de junio de 2017, la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto "ACPP" manifestó su interés de suscribir un convenio de asociación con Corpovisionarios, dado que funcionarios de esa entidad tuvieron conocimiento de los talleres de visión compartida de paz que desarrollaba la Corporación. En el mes de julio, algunos miembros de Corpovisionarios asistieron a las instalaciones de la Gobernación de Cundinamarca para conocer el proyecto de construcción de paz de la entidad. Luego, se inició un ejercicio de redacción de una propuesta que se hizo en agosto de 2017. En septiembre de ese mismo año la ACPP solicitó que se redujeran el alcance y el valor de la propuesta, así como de algunas actividades. En octubre se radicó una nueva oferta y en noviembre se firmó el respectivo convenio.

El testigo indicó que el convenio de asociación número 10 de 2017 fue firmado por él en calidad de director ejecutivo, porque tenía la representación legal de la entidad para gestionar y celebrar contratos. Aclaró que el presidente, para la época de la firma del convenio, era el señor Antanas Mockus Sivickas, pero que la representación legal, para esos efectos, la tenía él como director ejecutivo, desde que se expidió el acta 003 de 2014, mediante la cual el presidente de la Corporación activó la representación legal compartida o plural de Corpovisionarios, pues el director ejecutivo era quien tenía a su cargo la representación legal en asuntos de naturaleza administrativa, contractual y laboral, como obra en el libro de actas de la Corporación.

Hizo énfasis que el señor Antanas Mockus Sivickas no participó directa ni indirectamente en la gestión, celebración y/o ejecución del convenio de asociación con la ACPP, y que esta dirigió una comunicación mediante la cual se solicitaba la presentación de la propuesta formal al señor Mockus Sivickas, pero solo porque era quien figuraba como Presidente de la Corporación, pero que este no participó en la gestión del convenio, tanto así que la respuesta a esa carta fue suscrita por él como director ejecutivo de la Corporación.

El declarante admitió que se habría celebrado una reunión del Consejo Directivo de Corpovisionarios, en la que él como director ejecutivo puso de presente las

gestiones adelantadas con la ACPP para el perfeccionamiento del convenio de asociación 10 de 2017; sin embargo, a esa junta no asistieron funcionarios de la ACPP. Indicó que si bien en la propuesta inicial aparecía el señor Antanas Mockus Sivickas como miembro del equipo de Corpovisionarios, lo cierto es que finalmente ante su decisión de participar como candidato al congreso, se tomó la determinación de que no interviniera en la ejecución del proyecto, lo cual no afectaba su desarrollo, toda vez que las actividades en las que él hacía parte no eran esenciales y podía ser sustituido por otros miembros de la Corporación. Negó rotundamente la afirmación según la cual Corpovisionarios vende la imagen de Antanas Mockus Sivickas. Agregó que a la ACPP se le notificó, antes del inicio del proyecto, sobre la imposibilidad de que el señor Antanas Mockus Sivickas participara en la ejecución del convenio (F. 219 a 222 c. ppal.).

El señor John Alexander Criollo Vargas, en calidad de subgerente técnico de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y supervisor del convenio de asociación n°. 10 de 2017, precisó que no conocía al señor Antanas Mockus Sivickas. Aclaró que el convenio de asociación tuvo por objeto realizar un ejercicio de visión compartida, para identificar cómo se percibía la paz en el departamento de Cundinamarca. Propuso a Corpovisionarios para celebrar el convenio de asociación, dado que conocía previamente su trabajo con otras entidades del Estado como Ecopetrol y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social “DPS”, porque participó de varias agendas territoriales de paz que se adelantaron en los departamentos del país, organizadas por Corpovisionarios y el DPS. Afirmó que no tuvo ningún tipo de reunión, contacto o acercamiento con el señor Antanas Mockus Sivickas, y que si bien sostuvo varias reuniones con el equipo técnico de Corpovisionarios y con el señor Henry Samuel Murrain Knudson, en ellas no intervino el congresista demandado. Aceptó haber dirigido una invitación al señor Antanas Mockus Sivickas para que Corpovisionarios presentara una propuesta para el desarrollo de un convenio de asociación, porque en la página web de la Corporación aparecía aquel como su presidente; no obstante, el señor Mockus Sivickas nunca se reunió o asistió a las instalaciones de la ACPP (F. 219 a 222 c. ppal.).

Finalmente, el señor Hermógenes López Poveda, subgerente administrativo y financiero de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, manifestó

que solo ha visto al señor Antanas Mockus Sivickas por la televisión, y que si bien la invitación a presentar la propuesta se envió al señor Antanas Mockus Sivickas, en su calidad de presidente de Corpovisionarios, lo cierto es que aquel nunca participó de ninguna gestión, celebración o ejecución del convenio, puesto todo el trámite precontractual, contractual y poscontractual se adelantó con el señor Henry Samuel Murrain Knudson.

Explicó que el señor John Criollo propuso, en un comité directivo de la ACPP, a Corpovisionarios para adelantar una acción conjunta de paz territorial, y que la respuesta a la invitación la firmó el señor Henry Murrain en calidad de director ejecutivo de esa asociación. Aceptó haber participado en varias reuniones que tuvieron como finalidad determinar el tipo de contratación que se habría de celebrar entre las entidades, para lo cual se exploró el contenido del reciente Decreto 092 de 2017 y, en consecuencia, se concluyó que el mecanismo idóneo era un convenio de asociación, pero, fue enfático en afirmar que en ninguno de esos encuentros acudió o participó el señor Antanas Mockus Sivickas (F. 219 a 222 c. ppal.).

Con las declaraciones y los documentos precontractuales del convenio de asociación n°. 10 de 2017 quedó efectivamente acreditado que el gerente general de la ACPP remitió, el 11 de octubre de 2017, una carta de invitación al señor Antanas Mockus Sivickas, en su calidad de Presidente de Corpovisionarios, para que presentara una propuesta para la celebración de un convenio de asociación para la implementación de un ejercicio de visión compartida en veinte municipios de Cundinamarca (F. 39 c. anexo 1); sin embargo, la respuesta a esa comunicación fue suscrita el 12 de octubre de 2017 por el señor Henry Samuel Murrain Knudson (F. 61 c. anexo 1) y a la misma se acompañó en veintiún folios la propuesta previamente requerida (F. 40 a 60 c. anexo 1).

El Consejo Nacional Electoral allegó a este proceso, como prueba trasladada, copia de los expedientes administrativos números 3686 y 8402 de 2018, que finalizaron con la Resolución n°. 1507 del 12 de julio del mismo año, mediante la cual se negaron las solicitudes elevadas por varios ciudadanos para que no se expidiera la credencial electoral a favor del congresista demandado.

Esos medios de convicción serán valorados, toda vez que se cumple con la regla de que trata el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012 “CGP” que preceptúa que las pruebas serán apreciables, sin más formalidades, cuando en el proceso judicial o procedimiento administrativo o disciplinario de origen⁴⁵ se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En el *sub examine*, el demandado tuvo oportunidad de controvertir las pruebas decretadas y practicadas en la actuación administrativa electoral, motivo por el cual, se reitera, resulta admisible su valoración.

En la actuación administrativa, al igual que en este proceso, como ya se señaló, se aportaron copia de los convenios de asociación números 10 y 566 de 2017, así como los documentos precontractuales, contractuales y poscontractuales de ambos (cuadernos anexos 6 a 9).

El señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas rindió versión ante el Consejo Nacional Electoral. Resulta relevante su declaración en torno a los supuestos fácticos que se debaten en el proceso:

(...) PREGUNTADO. Por favor informe a este Despacho, qué conoce sobre la forma como ha ejercido el director ejecutivo de Corpovisionarios por Colombia, Dr. Samuel Murrain Knudson, la delegación a él conferida. CONTESTÓ. Él lleva muchos años como director ejecutivo y básicamente él presenta en las reuniones del comité directivo presenta un listado de proyectos en la parte del orden del día que corresponden a ese tema. En el 2006 él se hace cargo de las gestiones que tienen que ver en lo previsto en los estatutos en lo derivado de unas delegaciones, en donde los proyectos hasta cierto tamaño son gestionables totalmente por él, el monto límite son 1400 millones de pesos (sic), estos proyectos pocas veces sobrepasan ese monto salvo monto explícito relacionados con este proyecto donde delegamos en él todos los procesos gestión y toda la discusión sobre los alcances del proyecto; un poquito de contexto se trata de un hombre muy calificado en términos académicos, es una persona de mi plena confianza y hasta ahora lo ha hecho muy bien. PREGUNTADO. Según los estatutos de Corpovisionarios por Colombia, usted como presidente, preside el comité

⁴⁵ La Sección Tercera ha sostenido de vieja data que, para la valoración plena de las pruebas trasladadas de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, es preciso que se cumpla con la regla de traslado del artículo 185 del C.P.C., ahora 174 del C.G.P. Al respecto, consultar: sentencia del 16 de mayo de 2016, exp. 31.333, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ejecutivo de la entidad sin ánimo de lucro citada, y en declaración rendida en el expediente por el señor Samuel Murrain Knudson, este comunicó que él rinde informes de sus ejecutorias ante el comité ejecutivo, siendo así, manifieste qué conoció de la celebración y ejecución del convenio de asociación n.º 000010 de 2017 del 9 de noviembre de 2017, suscrito con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto. CONTESTÓ. Es una información muy escueta como es usual, lo que conocí dentro de ese listado que está en el informe del director ejecutivo que fue presentado al comité ejecutivo que fue presentado a mediados del año pasado y lo otro fue la solicitud al consejo directivo para adaptar (sic) el convenio a un cambio no nativo, los convenios necesitaban una autorización para asignar el uso de recursos de la corporación como contrapartida que ponían la corporación para ejecutar el proyecto, yo no intervine; en general yo no intervine en nada de lo relacionado con este proyecto. PREGUNTADO. Según los estatutos de Corpovisionarios por Colombia, y el certificado de existencia y representación legal de esa entidad sin ánimo de lucro, son funciones del presidente, representar legal y socialmente a la Corporación, si en un acto interno de Corpovisionarios por Colombia se delegó la representación legal de la misma al director ejecutivo, que sucedió con la representación social. CONTESTÓ. Mi introducción señala, Henry es una persona muy capaz de todo modos, por muy capaz que sea no es el fundador de la idea de la cultura ciudadana, él ha ayudado al desarrollo del enfoque por ejemplo en una revista francesa (...) yo estoy en Corpovisionarios desde su fundación, mi reputación y mi prestigio están ligados a lo que hace la corporación, la representación social yo la interpretaría como sería muy ilógico decir que entiendo por representación social la actuación, entiendo claramente la conexión, la representación social es un término jurídico que quedó así en los estatutos, es un poco una expresión latina, Henry me representa muy bien en los asuntos de representación social y en los eventos internacionales... PREGUNTADO. Usted conoció el hecho de la firma del convenio de asociación n.º 000010/2017 del 9 de noviembre de 2017, con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, como Presidente de Corpovisionarios por Colombia, de su ejecución y las actividades por realizar para cumplir el objeto contractual. CONTESTÓ. Yo no moví un dedo para que fuera aprobado o desaprobado el tema, fue un asunto del director ejecutivo (F. 713 a 715 c. anexo 9).

El procedimiento administrativo electoral finalizó con la expedición de la Resolución n.º. 1507 del 12 de julio de 2018, proferida por el Consejo Nacional Electoral, en la cual se rechazaron las solicitudes ciudadanas elevadas por los señores Víctor Velásquez, Eduardo Carmelo Padilla y José Manuel Abuchaibe Escolar. En efecto, en el citado acto administrativo se dejó en firme la declaratoria de la elección de Congreso de la República para el período 2018 a 2022.

El Consejo Nacional Electoral concluyó que para la configuración de la inhabilidad no podría bastar la sola mención de un nombre en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, puesto que para determinar si operó o no la misma era necesario el desarrollo de un proceso judicial en el que se pudieran debatir y controvertir las pruebas aportadas (F. 799 a 834 c. anexo 9).

Los peticionarios, inconformes con la decisión anterior, presentaron recurso de reposición que fue decidido mediante Resolución n°. 1586 del 18 de julio del año en curso, y que confirmó integralmente la primera (F. 835 y 836 c. anexo 9).

La Sala considera que de las pruebas obrantes en el proceso no es posible dar por acreditada la configuración de la causal de pérdida de investidura, toda vez que no se demostró que el demandado hubiera incurrido en el verbo rector fijado por la norma, esto es, la intervención y la gestión de contratos ante entidades públicas.

Además, en ningún aparte de la demanda o de las diligencias existe prueba al menos indiciaria que conduzca a pensar a los miembros de la Sala Especial de Decisión que el señor Murrain Knudson debía solicitar autorización para contratar o siquiera consultar las decisiones relacionadas con la celebración de los contratos requeridos para el manejo, administración y funcionamiento de la entidad, con los miembros del consejo directivo, el presidente o cualquier otra persona natural, por lo tanto se infiere que sus decisiones eran autónomas.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que lo determinante en este tipo de causales de inhabilidad y de pérdida de investidura, en las que se juzga la intervención del candidato o del congresista en la celebración o gestión de contratos, es el despliegue de voluntad del demandado. En otros términos, la verificación de que la conducta de este incidió en la gestión de las tratativas contractuales. Al respecto, la Sala ha puntualizado que la conducta que se reprocha conforme la causal indicada (de gestión): *“no es la suscripción y mucho menos la ejecución del contrato sino que (...) haya*

*desplegado actuaciones eficaces y conscientes, no en su faceta de servidor público sino en el plano particular, en negocios jurídicos contractuales o haya intervenido eficientemente en etapas precontractuales encaminadas indiscutiblemente a la firma de un acuerdo*⁴⁶.

Considera la Sala que con las pruebas que se acaban de relacionar, quedó demostrado que la gestión de los convenios celebrados con la ACPP y la UAESP corrió por cuenta del director ejecutivo de Corpovisionarios, quien ejercía como representante legal de la misma, en este tipo de asuntos, autorizado expresamente por los estatutos de la corporación.

No se acreditó que hubiera existido comunicación o reunión previa entre el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas y los directores o funcionarios de la ACPP y la UAESP; por el contrario, con los testimonios rendidos en el proceso quedó definido que la razón de la invitación formulada por la ACPP a Corpovisionarios se produjo por el conocimiento que se tenía de experiencias previas exitosas de esa Corporación con otras entidades del Estado, en aras de generar procesos de visión compartida en temas de paz.

En efecto, la carta dirigida al demandado de ninguna manera prueba la participación de este en las tratativas precontractuales, y aunado a los testimonios rendidos en el proceso, hay claridad en cuanto a que no intervino en gestión alguna conducente a la celebración de los actos negociales, tanto así que el negocio jurídico se ejecutó sin contratiempos, aun cuando el demandado no participó de su desarrollo.

Como se advierte, el congresista demandado no intervino en la gestión de los mencionados convenios de asociación, porque no actuó ante la ACPP y la UAESP para que se viabilizaran o materializaran esos negocios jurídicos.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de julio de 2015, exp. 2013-01621, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Igualmente se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, exp. 2014000510, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Y si bien el congresista demandado fungía como presidente de Corpovisionarios para la fecha de la elección parlamentaria, lo cierto es que no pudo aprobar la celebración de los convenios de asociación n°. 10 y 0566 de 2017 por cuanto no integraba el órgano corporativo encargado de avalar este tipo de negocios jurídicos. En primer término, porque la representación legal y la gestión contractual estaba delegada en cabeza del director ejecutivo de la corporación y, de otra parte, porque si bien el señor Henry Samuel Murrain Knudson afirmó que sometió a consideración del consejo directivo de Corpovisionarios la posibilidad de suscribir un convenio de asociación con la ACPP, el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas no pudo haber votado en esa sesión, por cuanto presidía la reunión pero no integraba el órgano de administración corporativa. Además, a esa sesión directiva no asistieron funcionarios públicos según lo reconoció el testigo, aseveración que no fue objeto de contradicción o tacha por los solicitantes.

En efecto, como se desprende de los estatutos y del certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios, el presidente no integraba el Consejo Directivo (F. 39 c. ppal.), con independencia de que le correspondiera presidir las reuniones de este. El 12 de marzo de 2018, el consejo directivo de Corpovisionarios estaba compuesto por las siguientes personas: Jorge Orlando Melo González, José Luis Villaveces Cardoso, Carlos Augusto Hernández Rodríguez, Pedro Alejandro Florián Borbón, Javier Alberto Hernández López, María Isabel Patiño Osorio, Lorena Suárez Fierro, Juan Mauricio Ruiz Correa, Juan Camilo Cárdenas Campo y María Claudia Steiner Sampredo (F. 39 c. ppal.).

De otro lado, ambos convenios de asociación se ejecutaron sin que en las actividades convenidas hubiera participado el congresista demandado. En el convenio de asociación n°. 566 de 2017 no participó el demandado, puesto que no aparece ningún tipo de comunicación o constancia de que hubiese desarrollado gestión o actividad contractual alguna. *Contrario sensu*, de los informes rendidos, de las propuestas metodológicas y de las actas de reuniones, se tiene por establecido que el señor Antanas Mockus Sivickas no intervino en este convenio (F. 55 a 60; 122 a 252 c. anexo 2).

Conforme lo anterior, no resulta posible concluir que el congresista demandado hubiera participado directa o indirectamente –por interpuesta persona– en la gestión de los convenios de asociación n°. 10 y 0566 de 2017. Por el contrario, según se desprende de los testimonios practicados, los antecedentes contractuales y los estudios previos de los convenios, la motivación para la suscripción de estos consistió en la experiencia de la corporación sin ánimo de lucro Corpovisionarios, en este tipo de proyectos de cultura ciudadana y visión compartida, tanto así que esta previamente había celebrado otros convenios con Ecopetrol y con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, con objetos similares a los mencionados.

No es posible aceptar la tesis según la cual, el comportamiento del demandado, al permanecer al frente de la presidencia de Corpovisionarios, fue simbólicamente activo y, por consiguiente, sí participó en la gestión de los convenios de asociación n°. 10 y 0566 de 2017. Lo anterior, toda vez que ello supondría efectuar una ampliación de la causal a un supuesto no previsto por el Constituyente, de la inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política. La causal, se reitera, se configura cuando el demandado desarrolla algún tipo de conducta positiva, activa o dinámica para gestionar o celebrar los citados convenios de asociación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado⁴⁷:

Es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley. El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-515 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

En otros términos, admitir que el senador demandado, por su nombre o “*good will*”, incurrió en la inhabilidad en comento, por permanecer como presidente de Corpovisionarios durante el periodo inhabilitante, o porque en la propuesta inicial aparecía como miembro del equipo que ejecutaría el contrato, implicaría una aplicación extralimitada, ampliada e injustificada del derecho punitivo del Estado.

En efecto, no hubo gestión a cargo del demandado por continuar en la presidencia de Corpovisionarios, y por ser incluido en la propuesta inicial como integrante del equipo que desarrollaría el contrato, en tanto que el testigo Henry Murraín Knudson manifestó que, una vez el demandado le comunicó su intención de aspirar al Senado de la República, su nombre fue excluido de forma inmediata de la propuesta, afirmación que no fue controvertida, ni tachada de falsa. Aunado a lo anterior, el convenio de asociación se ejecutó con normalidad y se terminó sin inconveniente alguno, como se desprende de los documentos contractuales allegados, sin que importara que el demandado no hubiera participado en su ejecución, razón adicional para concluir que su nombre o “*good will*” no fue determinante en la gestión o celebración contractual, tal como dan cuenta los testimonios de los señores John Alexander Criollo Vargas y Hermógenes López Poveda, declaraciones que tampoco fueron objeto de censura o de tacha.

De admitirse una posición contraria a la mencionada, se estaría prohijando una hermenéutica abierta o flexible de la causal de pérdida de investidura, en tanto se modularían el contenido y alcance de la causal de inhabilidad, para considerar que la sanción sería procedente por el solo hecho de que su hoja de vida se hubiera incluido en la propuesta, lo cual vulnera los límites dispuestos en la Constitución y la ley en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, cuya lectura y aplicación debe ser restrictiva.

El hecho de que el demandado no hubiere renunciado a la presidencia de Corpovisionarios, así como que apareciera su nombre en la propuesta inicial

presentada ante la ACPP, no puede ser razón para decretar su pérdida de investidura, dado que lo que exige la inhabilidad es que hubiera intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos, de allí que para la configuración de la causal de la sanción era preciso que se hubiera demostrado que el demandado intervino positiva y efectivamente en la gestión y celebración de los convenios de asociación n.º 10 y 0566 de 2017. Se reitera, la sola circunstancia de que hubiera permanecido en el cargo de Presidente de Corpovisionarios no es constitutiva de la causal, máxime si la representación, la gestión y la celebración de los negocios jurídicos corrió por cuenta del director ejecutivo, quien según los estatutos de la Corporación también era representante legal de la entidad sin ánimo de lucro.

Así las cosas, la Sala denegará las solicitudes de pérdida de investidura elevadas en contra del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, ya que no se probó que este hubiera intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, y tampoco que hubiera celebrado los convenios de asociación n.º. 10 y 0566 de 2017, por lo que no se configuró una violación al régimen de inhabilidades.

En síntesis, a pesar de que el demandado hubiera mantenido la condición de Presidente de Corpovisionarios –y, por ende, la de representante legal, según se desprende del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá– durante los seis meses anteriores a la elección, incluso con posterioridad a la misma, no se estructuraron los verbos rectores de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política y, por consiguiente, tampoco puede generar la sanción establecida en el numeral 1 del artículo 183 ibídem.

Finalmente, y en atención a que la conducta del congresista demandado no se subsume en el supuesto fáctico de las causales de desinvestidura estudiadas en el proyecto, no es necesario realizar el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad, conforme con la Ley 1881 de 2018 y la sentencia SU-424 proferida el 11 de agosto de 2016 por la Corte Constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO. DENEGAR las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

SEGUNDO. COMUNICAR esta providencia a la Mesa Directiva del Senado de la República y al Secretario General de esa Corporación.

TERCERO. COMPULSAR copias de esta decisión a la Comisión de Ética del Senado de la República, para lo de su competencia.

CUARTO. Contra esta providencia procede el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Presidente

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ (E)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Impedimento aceptado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN DE PERDIDA DE INVESTIDURA

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI)
(11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00)
(acumulados)**

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala Primera Especial de Decisión, consigno a continuación las razones por las cuales no comparto la resolución plasmada en la sentencia del 19 de febrero de 2019, por medio de la cual esta Sala denegó la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, elegido para el periodo constitucional 2018 a 2022.

Sea lo primero precisar que este salvamento de voto solo comprende el tema relacionado con la pretensión de pérdida de la investidura del congresista,

fundamentada en la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 179, numeral 3, ibídem; pues comparto la decisión en cuanto se negó la pretensión de desinvestidura, motivada en el posible comportamiento indecoroso del demandado el día de su posesión, con los argumentos que allí se expusieron.

Mi disentimiento, como lo anuncié, consiste en considerar, contrario a lo que concluyó la Sala, que, en el presente caso, el congresista demandado sí incurrió en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades, contenida en el numeral primero del artículo 183 de la Constitución Política, concretamente, en cuanto transgredió la prohibición constitucional de intervenir en la gestión de negocios con entidades públicas y en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

El fundamento fáctico de la demanda de pérdida de investidura se concretó en que los días 9 y 10 de noviembre de 2017, la entidad sin ánimo de Lucro Corpovisionarios suscribió los Convenios de Asociación No. 10 y No. 566, respectivamente, con el Departamento de Cundinamarca (Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto) y la UAE Servicios Públicos de Bogotá, siendo, para ese entonces, el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas su Representante legal. Que no obstante estar incurso en esta inhabilidad, el señor Mockus Sivickas fue elegido Senador de la República el 11 de marzo de 2018.

A juicio de la mayoría de la Sala de Decisión, el congresista demandado no intervino en la gestión de negocios ni en la celebración de los mencionados convenios de asociación, por que quien los suscribió fue el señor Henry Samuel Murrain Knudson, Director Ejecutivo de Corpovisionarios, quien tenía la Representación Legal de la entidad de manera compartida con el señor Mockus Sivickas y se encontraba facultado para contratar.

Para lo que interesa a este asunto, la inhabilidad en mención consiste en que *“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, [...] dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección [...]” (artículo 179 Constitución Política).

Las conductas que tipifican esta inhabilidad han sido delimitadas en algunos pronunciamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, entre ellos, el de la sentencia del 18 de noviembre de 2008, en la que se consideró:

*“[...] se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de Congresista, por una parte, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales. Sobre estas dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que **en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”**. Así, la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud; mientras que la celebración de contratos sólo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. Ambos eventos o causales deben tener **ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección**.*

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha.

*Asimismo, **cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros [...]**”⁴⁸.*

Para el caso concreto, considero que, de los hechos probados en el proceso frente a los presupuestos configurativos de la inhabilidad, se encuentra demostrado que el congresista demandado intervino en la celebración de los mencionados convenios de asociación con entidades públicas, en interés de un tercero, Corpovisionarios, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección; es decir, se dan, de manera concurrente, todos los supuestos de hecho consagrados en la norma y que configuran la inhabilidad.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 C.P. Mauricio Torres Cuervo. Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI).

Sin embargo, para la mayoría de la Sala Especial de Decisión, el señor Mockus no intervino en la celebración de los convenios de Asociación Nos. 10 y 0566 del 9 y 10 de noviembre de 2017, al considerar que desde la constitución de la entidad sin ánimo de lucro se dispuso que el Director Ejecutivo pudiera representar a la persona jurídica para su administración general en materia contractual, administrativa y laboral, previa delegación del Presidente de la Corporación; lo cual sucedió el 10 de octubre de 2014, cuando el Presidente de Corpovisionarios, señor Antanas Mockus, por medio de la Resolución 3, delegó al Director ejecutivo la facultad para celebrar contratos hasta por un monto de 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, *“de acuerdo con las funciones de representación legal que le atribuyó la asamblea general [...]”*⁴⁹.

Así lo consideró esta Sala Especial:

*“En síntesis, de los medios de convicción reseñados es posible dar por acreditados los siguientes hechos: i) el convenio de asociación No. 10 de 2017 fue celebrado entre la ACPP y Corpovisionarios, ii) el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus era el presidente y, por ende, el representante legal de Corpovisionarios para la fecha de suscripción del convenio de asociación y seguía siéndolo, al menos, hasta el 12 de marzo de 2018, es decir al momento de las elecciones para el Congreso de la República y (sic) iii) el director ejecutivo e Corpovisionarios por decisión de su asamblea general podía llevar su representación legal de forma compartida o plural con el presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral; iv) desde 2014, el presidente de Corpovisionarios transfirió al director ejecutivo la facultad de celebrar contratos hasta por un monto máximo de 1.400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los estatutos de la Corporación. Este acto del representante legal –avalado por los estatutos, que permitían esa delegación expresamente- no fue registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, pero sí fue aportado como documento precontractual para la celebración de los convenios de asociación objeto de análisis”*⁵⁰.

Según la decisión, *“a pesar de que el señor Mockus Sivickas mantuvo la condición de Presidente de Corpovisionarios, incluso después de llevadas a cabo las elecciones parlamentarias, el director ejecutivo no actuó como delegatario de aquel, sino como representante legal de la entidad sin ánimo de lucro [...]”*⁵¹.

⁴⁹ Pag. 46 de la sentencia.

⁵⁰ Págs. 47 y 48 de la sentencia.

⁵¹ Págs. 43 y 44 de la sentencia.

A mi juicio, las anteriores conclusiones son equivocadas, como lo señalé en la discusión del proyecto y como paso a explicarlo.

Según se lee en el certificado de Existencia y Representación de la entidad sin ánimo de Lucro Corporvisionarios, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, del 5 de septiembre de 2017, “*Por Acta del 27 de Julio de 2001 otorgado (a) en Asamblea Constitutiva, inscrita en esta Cámara de Comercio el 10 de octubre de 2001 bajo el número 00044505 del Libro I de las Entidades sin Ánimo de Lucro, fue constituida la entidad denominada Corporación Visionarios por Colombia*”⁵². Su objeto social corresponde a: “[...] *promover y apoyar el desarrollo de una cultura ciudadana y una cultura democrática, en el ámbito político, económico y social del país con el fin de contribuir desde una reflexión pedagógica consciente al cambio en las costumbres políticas y al logro de la convivencia y la paz. En desarrollo de sus actividades, podrá celebrar en el país y en el exterior todos los actos y contratos que sean necesarios o convenientes para el cumplimiento de sus fines sociales, [...]*”⁵³.

En cuanto a la Representación legal de esa corporación en el certificado de existencia y representación legal consta lo siguiente:

“Representación Legal: El Presidente. *El Director Ejecutivo podrá llevar la Representación Legal de la Corporación por Delegación del Presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter de (sic) administrativo, contractual y laboral. En caso de ausencias temporales, el Consejo Directivo encargará la persona que lo reemplazará.*

[...]

**** NOMBRAMIENTOS ****

Que por Acta No. 19 de Sala General del 15 de marzo de 2016, inscrita el 5 de mayo de 2016 bajo el número 00261586 del Libro I de las Entidades sin Ánimo de Lucro, fue(ron) nombrado(s):

[...]

Presidente

MOCKUS SIVICKAS AURELIJUS RUTENIS ANTANAS

⁵² Folio 15 del cuaderno de anexos 1.

⁵³ Folio 10 del cuaderno de anexos 1.

Que por Acta No. 38 de Consejo Directivo del 16 de septiembre de 2014 inscrita el 9 de octubre de 2014 bajo el número 00242943 del Libro I de las Entidades sin Ánimo de Lucro, fue(ron) nombrado(s):

Director Ejecutivo

MURRAIN KNUDSON HENRY SAMUEL [...]⁵⁴

De la lectura de esta estipulación, a mi juicio, es claro que no se trata, como lo señala la sentencia, de una representación legal plural o conjunta. La representación legal la tiene únicamente el Presidente de la corporación y solo mediante delegación que el Presidente efectúe en el Director Ejecutivo puede trasladar a este funcionario ciertas funciones, o el desarrollo de ciertas actividades, que los mismos estatutos delimita (asuntos de carácter administrativo, contractual o laboral).

En tratándose de entidades sin ánimo de lucro, el Decreto 2150 de 1995⁵⁵ dedicó un capítulo correspondiente a la creación de este tipo de entes, suprimiendo el acto de reconocimiento de la personería jurídica y disponiendo su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye; así como el registro de sus estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de estas personas jurídicas, en los mismos términos, derechos y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales (artículos 40 y 42).

En cuanto a la **prueba de la existencia y representación legal**, el artículo 43 ibídem señala que la existencia y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, se probará **con la certificación expedida por la Cámara de Comercio** competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales y en los mismos términos y condiciones que regulan sus servicios. El artículo 40 del mismo Decreto 2150 de 1995 enlista los requisitos que debe contener el acto de constitución de

⁵⁴ Folio 15 vuelto del cuaderno de anexos 1.

⁵⁵ Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

tales entidades, entre ellos, la forma de administración, con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal y el nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Teniendo en cuenta la remisión al régimen previsto para las sociedades comerciales en el tema del registro, y si bien podría considerarse que un órgano social establezca una representación legal plural o conjunta, porque así lo permite, además, el artículo 440 del Código de Comercio en el caso de las sociedades anónimas, lo cierto es que ello debe quedar de manera muy específica e inequívocamente en los estatutos de la persona jurídica, debidamente inscritos en el registro mercantil con total determinación, y sin que haya lugar a dudas sobre las personas que llevarán esa proyección societaria de manera tanto interna como externamente. Ello con el fin de dar publicidad a terceros, pues solo quien representa legamente a una persona jurídica es capaz de comprometer a la sociedad, en este caso, a la corporación, de manera directa, tanto jurídica como patrimonialmente.

Sobre este tema, la Superintendencia Financiera, en concepto 2004041191-1 del 17 de agosto de 2004, efectuó las siguientes precisiones:

“La representación legal en una sociedad comercial se encuentra regulada en los artículos 110-12, 174, 179, 196 y 440 del Código de Comercio; de ahí que, conforme a lo consagrado en el artículo 110 numeral 12⁵⁶ en concordancia con el artículo 196⁵⁷ del Estatuto Mercantil, en los estatutos sociales deberán señalarse las limitaciones y estipulaciones a las cuales se sujetará dicha representación.

⁵⁶ Dicho precepto consagra:

“La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

“(...

“12. El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o algunos de los asociados”.

⁵⁷El artículo 196 señala: *“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

“Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”.

En el caso específico de la sociedad anónima -naturaleza de la cual gozan las entidades vigiladas por este organismo- a voces del artículo 440 del Código de Comercio, tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes, quienes serán designados por la junta directiva o la asamblea de accionistas para períodos determinados y podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. En tal sentido, es viable tener varios representantes legales con sus respectivos suplentes sin interesar la denominación que se le dé en cada sociedad y la metodología para el ejercicio de la misma, situación que se encuentra concebida dentro del contrato social en particular.

En este punto valga traer lo expuesto por algunos doctrinantes en el siguiente sentido:

“Cuando la sociedad tiene más de un representante legal, conviene estipular en los estatutos si han de obrar conjunta o separadamente. Si se pacta lo primero, todos tendrán que ponerse de acuerdo para obrar, pues si no hay unanimidad, el acto cumplido individualmente por uno de ellos puede quedar afectado de invalidez. Aunque el sistema más expedito es la gerencia unipersonal con uno o más suplentes, es frecuente la gerencia plural en las sociedades con dos o tres socios y también en aquellas de singular magnitud que, por el cúmulo de negocios simultáneos se requiere distribuir el trabajo que implica la función representativa. Al efecto, se utilizan diversos métodos y denominaciones. Por ejemplo, un gerente general y varios gerentes con radios de acción específicos: gerente de producción, de ventas, administrativo, etc., cada uno de los cuales tiene poder representativo en el ámbito de sus atribuciones. Otras veces éstos tienen la investidura de suplentes del gerente general. En ocasiones se establece un presidente y varios vicepresidentes con idénticas facultades y poderes (...)”⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, basta la lectura de las funciones que los Estatutos de Corpovisionarios otorgaron tanto al Presidente de la corporación, como a su Director Ejecutivo, para evidenciar que la representación legal de esta entidad radicó solamente en el Presidente.

En efecto, las funciones del Presidente son:

⁵⁸ Narváez García, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*, Librería Jurídica Wilches, Quinta Edición, Bogotá, 1987, p. 500.

“Artículo 29. Funciones. Son funciones del Presidente:

1. **Representar legal y socialmente a la Corporación.**
2. *Presidir las reuniones de la Sala General y del Consejo Directivo.*
3. *Presentar a la Sala General en su reunión anual un informe de gestión, el balance y cuentas del ejercicio.*
4. *Velar por el cumplimiento de los estatutos, resoluciones y reglamento de la Sala General y del Consejo Directivo.*
5. *Delegar al Director Ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral.*
6. *Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente⁵⁹.*

Mientras que las funciones del Director Ejecutivo son las siguientes:

“Artículo 31. Funciones. Las funciones y atribuciones del Director Ejecutivo serán las que señale el Consejo Directivo y tendrá todos los derechos y obligaciones de un administrador general, de tesorero y ejercerá principalmente las siguientes funciones:

1. *Presentar anualmente al Consejo Directivo el plan de acción para el periodo inmediatamente siguiente, así como el presupuesto, el programa de inversiones y demás propuestas para asegurar la adecuada gestión.*
2. *Someter al Consejo Directivo el nombramiento de funcionarios y proponer la remuneración correspondiente.*
3. *Administrar todos los bienes de la Corporación.*
4. *Desempeñar la secretaría de la Asamblea y del Consejo Directivo de la Corporación.*
5. *Informar al Consejo Directivo sobre las contingencias de orden tributario, laboral e institucional que llegaren a presentarse.*
6. *Presentar mensualmente al Consejo Directivo los resultados del plan de acción.*
7. *Las demás que le asignen el Consejo Directivo o el Presidente⁶⁰.*

Las funciones asignadas al Director Ejecutivo tienen que ver con el manejo al interior de la Corporación, sin que se advierta alguna clase de representación legal

⁵⁹ Folio 5 del cuaderno de anexos 1.

⁶⁰ Folio 6 del cuaderno de anexos 1.

de la entidad frente a terceros, o en desarrollo del objeto social de la misma. Lo anterior lo confirma el siguiente hecho: En la demanda radicada con el No. 2018-02417-00 se afirma que, el 10 de mayo de 2018, Corpovisionarios registró en la Cámara de Comercio de Bogotá un acto de reforma parcial de los Estatutos en la que se modifican las facultades de representación legal que ostentaba el Presidente para serle trasladadas como atribución al Director ejecutivo. Y aunque en esa demanda se solicitó como prueba el último certificado de la Cámara de Comercio para corroborar lo dicho⁶¹, lo cierto es que en el auto de pruebas se omite su decretó, no siendo recurrido por el actor⁶².

Sin embargo, en la ampliación de la declaración del señor Henry Samuel Murrain Knudson rendida el **29 de junio de 2018**, ante el Consejo Nacional Electoral, cuyo proceso administrativo adelantado por esa entidad fue allegado a este como prueba trasladada, a la pregunta: *“Corpovisionarios recientemente ha registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, alguna reforma a las facultades de Representación Legal que recaen sobre el presidente, en caso afirmativo en qué consistió la reforma?”* El deponente *“CONTESTÓ: sí en la última asamblea se entregó la representación legal [al] Director Ejecutivo no como acto de delegación sino como una función única y exclusiva del director ejecutivo”*⁶³. No sobra señalar que dicho registro fue posterior al 12 de marzo de 2018, teniendo en cuenta que el último certificado que aparece en la demanda tiene esa fecha y la Representación Legal de Corpovisionarios radicaba en el Presidente de la misma⁶⁴, quien era el señor Antanas Mockus, como se mencionó párrafos atrás.

Pero en la sentencia, de la cual me aparto, se considera que la representación legal era compartida porque se previó la posibilidad de la delegación de esa representación a favor del Director Ejecutivo, sin embargo, a mi juicio, tal delegación no podría darse respecto de la representación legal, sino de algunas funciones, como ya lo mencioné.

En efecto, jurídicamente no es posible que un representante legal delegue en otra persona dicha representación, teniendo en cuenta que quien asume el cargo de

⁶¹ Folio 13 del cuaderno principal.

⁶² Folio 147 del cuaderno principal.

⁶³ Folio 60 del cuaderno principal.

⁶⁴ Folio 37 del cuaderno principal.

representante legal adquiere importantes obligaciones frente a la persona jurídica que representa, en cumplimiento de su labor de proyectar la capacidad de la entidad hacia terceros. Esta labor es inseparable de la persona a quien el órgano social ha designado como representante legal.

Sobre la indelegabilidad de la representación legal de una sociedad, la Superintendencia de Sociedades en el Concepto 220-016457 del 15 de marzo de 2012 señaló: *“El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, señala que en el ejercicio de las funciones asignadas a los administradores, entre ellos al representante legal (Art. 22 ibídem), les corresponde entre otras la de “Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social” y “Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”, atribuciones que deben observarse bajo los principios de buena fe, lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. [...] los administradores, en el caso particular del representante legal, tenemos que son responsables “solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros [...] En los casos de incumplimiento o exlimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador” y finalmente afirma el artículo que “Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”. **Es así como la representación legal no puede delegarse ni en un asociado ni en un tercero ajeno a la sociedad.** Al respecto, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en diversas oportunidades, entre ellos encontramos un oficio que no por haber sido proferido en el año de 1987 ha perdido vigencia y que en las partes pertinentes expresa: “[...] De la misma manera, encontramos que la legislación mercantil provee la figura de la representación legal como mecanismo de proyección de la capacidad de la sociedad, tal y como se pone de presente en el texto de los artículos 100, numerales 6 y 12, 196 y 198 y respecto de las sociedades anónimas 440 del Código de Comercio. “Así, exige que en el acto de constitución de la sociedad se indique la forma de administrar los negocios sociales conforme al régimen de cada tipo de sociedad, el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representarla legalmente, precisando sus facultades y obligaciones, llegando incluso a prever que a falta de estipulaciones se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento. Es decir, la representación legal de las personas jurídicas comerciantes es inherente a ellas por expresa disposición de la Ley Mercantil, la cual puede ser objeto de limitaciones o restricciones que deben ser precisadas en el contrato social. **En este orden de ideas, tenemos en cuanto a la representación legal de una sociedad: Es fundamental,***

inseparable, indelegable y de la esencia de la persona jurídica. La función misma de la representación legal, puede ser reglamentada en su ejercicio siempre que conste en el contrato social. No se puede asimilar la representación legal al contrato de mandato con representación, básicamente porque en tanto que éste se produce por acuerdo de voluntades con el representado, aquélla tiene lugar sin esta voluntad. El acto de designación del representante legal por parte de los socios no es igual a la constitución de un mandatario, pues mientras que en aquél no se hace otra cosa que elegir la persona que habrá de cumplir una función derivada de la existencia misma de la sociedad, en éste como se dijo, debe concurrir la voluntad de las partes en un contrato por el cual una de ellas se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio, bajo instrucciones de quien lo confiere y a su nombre. Hechas las anteriores consideraciones, podemos concluir que el otorgamiento de poderes por parte del gerente de una sociedad, así faculden al apoderado o mandatario para realizar todos los negocios previstos en su objeto social, no defieren o delegan la representación legal en el mandatario, pues ésta por ministerio de la ley siempre se encontrará en cabeza de la persona designada por la junta directiva, asamblea de accionistas o junta de socios para ejercer dicha función [...] (Oficio EX-13998 del 19 de julio de 1987, publicado en el Libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995, Superintendencia de Sociedades, página 352) [...]”. Subrayas fuera del texto.

De acuerdo con lo anterior, el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro no podría delegar, en otro funcionario de la persona jurídica, su función de representación legal, pues esta función es inseparable de la persona a quien el órgano social ha dispuesto para llevar a cabo tal labor; por ello, en caso de faltas temporales o definitivas, el que ha sido designado suplente, debidamente inscrito, tiene la facultad legal para representar a la entidad.

Pero si en gracia de discusión se considerara que la estipulación, de Corpovisionarios, sobre la posibilidad de efectuar esta delegación por parte del Presidente de la corporación en el Director Ejecutivo de la misma, fuera legalmente aceptada, porque proviene de la voluntad de la asamblea general; a mi juicio, tampoco puede avalarse que la simple delegación, sin registro en la Cámara de Comercio, fuera suficiente para entender que el Director Ejecutivo llevara la representación legal de la corporación o que el presidente se liberara de dicha calidad.

Sobre el punto, la sentencia de la referencia señala que este acto de delegación “no fue registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, pero sí fue aportado como documento precontractual para la celebración de los convenios de asociación objeto de análisis”⁶⁵; circunstancia que, para el suscrito, no supe la obligación de la inscripción de tal acto jurídico en el registro mercantil de la corporación, pues solo de esa manera es que resulta oponible, frente a terceros, el hecho que el Director Ejecutivo esté obrando en calidad de representante legal y liberaría de responsabilidad al Presidente.

Ciertamente, contrario a lo considerado en la decisión, el deber de registro de tal acto es absolutamente determinante, no solo frente a la validez, sino para cualquier efecto jurídico, pues, como se vio, conforme con las normas mercantiles, los actos jurídicos en materia de representación legal de una entidad sin ánimo de lucro deben estar inscritos en el Registro mercantil, o registro de Entidades Sin Ánimo de Lucro, para que sean oponibles a terceros. Para efectos de las sociedades, esta inscripción de documentos está prevista en el artículo 29 del Código de Comercio y en el caso de las entidades sin ánimo de lucro en las Circulares Única 4 de 2007 y 8 de 2008 de la SIC.

Ahora bien, en el presente caso, basta la lectura del acto de delegación del 10 de octubre de 2014 para considerar que la simple delegación de la función contractual por parte del Presidente de la Corporación al Director Ejecutivo de la misma no comprende la de la “representación legal” de la persona jurídica.

En efecto, la Resolución No. 3 del 10 de octubre de 2014 dispone lo siguiente:

“El presidente de la Corporación Visionarios por Colombia, en ejercicio de sus facultades, en especial de las que le confiere el artículo 29, numeral 5 de los estatutos de la entidad,

Resuelve:

Artículo 1°. Delegación de funciones y facultades. *Delegar en el Director Ejecutivo de la Corporación, las siguientes funciones y facultades.*

⁶⁵ Pág. 48 de la sentencia.

2. Celebración de contratos. *Delegar en el Director Ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la Entidad, cuya cuantía no supere el monto de mil cuatrocientos (1.400) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual⁶⁶.*

Según se puede observar, la delegación que efectuó el Presidente de Corporvisionarios, en el Director Ejecutivo, consistió en la función de celebrar contratos que no pasaran de determinado monto y que fueran necesarios para el **manejo, administración y funcionamiento** de la corporación. Esta disposición no puede considerarse que, de manera inequívoca, se le hubiera trasladado al Director Ejecutivo la representación legal de la entidad en ese campo y menos que lo fuera para desarrollar el objeto social de la corporación; nótese que la delegación se refiere a manejo, administración y funcionamiento, lo cual se acompasa con las funciones que el órgano social dispuso para ese funcionario, que no son otras que de administrador general y tesorero de la entidad.

Pero es más, si se considerara que la delegación efectuada en el Director Ejecutivo comprendía la representación legal de la entidad para la celebración de cualquier tipo de contrato que no pasara del monto establecido, considero que sin el registro del acto concreto de delegación (Resolución No. 3) en la Cámara de Comercio de Bogotá, previamente a la suscripción de los convenios objeto de este debate, esta delegación debe tenerse como un simple **mandato** que el representante legal le dio al Director Ejecutivo para que lo representara en algunos actos que son de su resorte legal y estatutario. El otorgamiento de un poder para realizar una labor determinada, que legal y estatutariamente está en cabeza del representante legal, no puede significar la delegación de la representación legal de la persona jurídica al punto de no poder diferenciarse entre el representante legal y el apoderado. La capacidad de representación en uno y otro caso se encuentran bien delimitadas.

Y es que el deber de registrar cualquier cambio en la representación legal de una persona jurídica tiene su razón de ser, pues ante terceros debe quedar claro cuál es la persona que tiene tal calidad para desarrollar los actos propios del objeto social; quien es la persona que ha sido investida de dicha condición, por voluntad expresa de los asociados o corporados, voluntad que debe constar en el registro mercantil. Cada acto jurídico del órgano social que modifique la representación

⁶⁶ Folio 11 del cuaderno de anexos 1.

legal de la entidad, debe inscribirse en el registro de la Cámara de Comercio, que es la que certifica la existencia y representación legal de este tipo de organizaciones sin ánimo de lucro⁶⁷. Nótese que así lo hizo Corpovisionarios cuando registró la modificación parcial de sus Estatutos, pero de manera posterior a la elección del Senador Mockus, como se relató en la página 8 de este escrito.

Si bien en el presente asunto fue voluntad de la Asamblea General de Corpovisionarios que el Presidente pudiera delegar la representación legal en el Director Ejecutivo, lo cual es discutible, en todo caso, considero, que al concretarse esa voluntad mediante Resolución 3 del 10 de octubre de 2014, este acto de delegación debió ser inscrito, para que surtiera los efectos de publicidad que otorga la ley a dicho registro y para efectos de lo previsto en los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, que disponen: *“Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección”* (artículo 164). Y *“Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”* (artículo 442).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-621 de 2003, declaró la exequibilidad de estas disposiciones y precisó:

“Destaca la Corte que las funciones y responsabilidades de los representantes legales y revisores fiscales que figuran inscritos en el registro mercantil se mantienen indefinidamente en el tiempo, hasta tanto no se registre un nuevo nombramiento, incluso si fueron elegidos para un período determinado. Y que la ley no establece un plazo dentro del cual, una vez se produce su renuncia,

⁶⁷El artículo 163 del Código de Comercio dispone:

ARTÍCULO 163. <DESIGNACIÓN O REVOCACIÓN DE ADMINISTRADORES O REVISORES FISCALES>. *La designación o revocación de los administradores o de los revisores fiscales previstas en la ley o en el contrato social no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato, y no estará sujeta sino a simple registro en la cámara de comercio, mediante copias del acta o acuerdo en que conste la designación o la revocación.*

Las cámaras se abstendrán, no obstante, de hacer la inscripción de la designación o revocación cuando no se hayan observado respecto de las mismas las prescripciones de la ley o del contrato.

La revocación o reemplazo de los funcionarios a que se refiere este artículo se hará con el quórum y la mayoría de votos prescritos en la ley o en el contrato para su designación.

destitución, o cesación en el cargo por cualquier circunstancia, la sociedad deba producir una nueva designación y registrarla. De esta manera, la cesación de las aludidas funciones y responsabilidades está sujeta a una condición futura e incierta que es la realización de la referida designación y su posterior registro, actos jurídicos que no dependen de la voluntad de los que figuran inscritos, sino de otros órganos sociales que no tienen señalado un plazo para llevarlos a cabo.

Igualmente, la Corte detecta que incluso cuando la representación legal o la revisoría fiscal terminan por muerte del respectivo representante o revisor, la solución legal consiste en seguir considerándolos como tales “para todos los efectos legales”, mientras no se registre un nuevo nombramiento. De esta manera, en la práctica se permite la posibilidad de que una sociedad carezca de representante o revisor, con las consecuencias que ello implica frente a derechos de terceros.

[...]

La necesidad de que cada sociedad tenga definido quién ejercerá su representación legal y en qué condiciones lo hará estriba en que, como personas jurídicas y entes colectivos que son, requieren de un órgano llamado a expresar la voluntad societaria, a través del cual puedan actuar en el mundo jurídico adquiriendo derechos y obligaciones para el logro de su objeto social. Frente a terceros y aun frente a los mismos socios, la sociedad no podrá celebrar contratos, adquirir obligaciones o responder jurídicamente sino a través de su representante legal.

[...]

11. Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código

*Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del Decreto Ley 2351 de 1956.[26] (iv) Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad. (v) Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) **No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales**". (Resaltos fuera del texto).*

A mi juicio, la inscripción de esa delegación, junto con el nombre de la persona que aparecía inscrita en la Cámara de Comercio como Director Ejecutivo, daría la "certeza" de esa representación legal para los asuntos que le fueron delegados y exoneraba al Presidente de su responsabilidad como representante legal para esos tipos de contratos.

Sobre este tema es pertinente traer a colación el siguiente concepto de la Superintendencia de Sociedades, que explica:

"[...] Como puede observarse, los actos sujetos a registro mercantil son aquellos relativos a la designación o nombramiento de quienes desempeñan cargos previstos por ley o por estatutos, pero no de los relacionados con el otorgamiento de poderes mediante los cuales se hayan conferido facultades para ejercer una o varias funciones administrativas, pues por amplio que sea el poder, el apoderado no puede reputarse representante legal, que es a quien le asiste la obligación de la inscripción de su nombramiento o remoción en la Cámara de Comercio. Una cosa es la representación legal, en virtud de la cual es la misma ley con sujeción al contrato la que le otorga las facultades propias de quienes ostentan la representación legal, y otra el mandato en el cual se supone el contrato que lo crea.

Sobre este aspecto "conceptuó" la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: "...El mandato es relación de carácter singular por la cual una persona

confía a otra la gestión de uno o más negocios (C:C., art. 2142), y por más amplio que sea no llega a cubrir toda una capacidad. En cambio la noción de representación legal, sí la cubre (Sent., 27 de septiembre de 1.946. LXII,55).

En este orden de ideas, es dable afirmar que un apoderado si bien puede estar dotado de facultades para el ejercicio de algunas funciones administrativas, no por ello ostenta la representación de la compañía, por lo que mal podría con base en el artículo 163 del Código de Comercio exigírsele la inscripción de su mandato en el registro mercantil.

Claro está que es dable pactar contractualmente la existencia de uno o más representantes legales, a los que desde luego les asiste la obligación del registro del acta correspondiente en el registro mercantil, de tal suerte que quede claro frente a los terceros en quién recae determinada función y los límites de su representación. **Cuando el poder emana del representante legal para el ejercicio de ciertas funciones no se entiende que éste esté delegando la representación legal de la compañía, la que es indelegable por emanar de la decisión exclusiva del órgano social a quien corresponda la designación, sino que, en desarrollo de la empresa social considera oportuno la delegación de una o más funciones en forma precisa para que las desarrolle en los términos del contrato que para tal fin se haya suscrito, sin que ello implique delegar responsabilidades, pues quien actúe según mandato otorgado, actuará en nombre de su delegatario, que es en quien recae cualquier responsabilidad que del mismo se derive.**

Esta Superintendencia al pronunciarse sobre el supuesto de delegar la representación de la compañía para efectos judiciales y ante las autoridades administrativas, previéndose la inscripción del acto en el registro mercantil, expresó Mediante Oficio 04528 del 25 de marzo de 1.977, lo siguiente:

"Al respecto el artículo 440 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que la sociedad anónima tenga más de un representante legal, puesto que dispone "tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes". Y en este caso en concreto no es lo mismo adscribirle a un funcionario directivo esa facultad en forma precisa y clara en los estatutos, que preverla como una delegación que haga el presidente de la compañía. Ciertamente en la primera de estas situaciones se da certeza a los terceros, mediante la publicidad que se surte a través del Registro Mercantil, respecto de la existencia de un funcionario investido de la facultad de representar a la compañía en los estrados judiciales y las gestiones ante las autoridades administrativas y policivas. La segunda en cambio, se traduce en una especie de poder general, variable según las circunstancias, y sin que nadie tenga seguridad en un momento dado de quién es el apoderado.

De otra parte, este despacho considera que la representación legal de la sociedad es unitaria, vale decir, no puede desmembrarse mediante una delegación. Pero tal característica no excluye la posibilidad de ser compartida al tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 196 y 440 del Código citado. Por ejemplo, el Vicepresidente legal de esa sociedad tendría atribuida en los estatutos la función de representarla ante las autoridades jurisdiccionales, administrativas y policivas, así como ante las entidades descentralizadas del Estado. Ese sería el ámbito de la representación del Vicepresidente, ya que las demás atribuciones estarían a cargo

del Presidente de la Compañía, tanto en las relaciones internas como externas de la misma."

*Con lo anterior es dable concluir que si la representación legal en la forma compartida como usted la esboza, está estipulada en los estatutos, la designación de la persona para su ejercicio debe inscribirse en la cámara de Comercio partiendo de la base de que en tal caso la designación provenga del órgano social competente. **En caso de que tal delegación se haga en virtud de un mandato extendido por el representante legal no lo sería, y las responsabilidades que de éste se surtan, las asumirá el delegatario de las funciones como si actuara directamente"** (Concepto 220-77309 de 1999 - Agosto 30).*

El anterior concepto da una claridad superlativa para insistir en la indelegabilidad de la representación legal de una persona jurídica, como lo es Corpovisionarios, pero si, en gracia de discusión, por el hecho de haberlo estipulado el máximo órgano social, esa delegación se reputa jurídicamente válida, lo cierto es que, se repite, la Resolución 3 del 10 de octubre de 2014 debió ser inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá para que tuviera la trascendencia que le dio la decisión, de la cual me aparto, de haber despojado al señor Antanas Mockus de la representación legal de la corporación que él presidía para entonces.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que el señor Antanas Mockus era el representante legal de la Corporación para la fecha de la suscripción de los convenios, y que el Director Ejecutivo suscribió los convenios en representación del Presidente de la Corporación, no en calidad de representante legal de la misma, pues simplemente no tenía tal condición.

Y teniendo en cuenta que *"la representación legal es unitaria, [...] y "carece de individualidad propia, distinta de la persona que representa, pues como forma un todo con ella, los contratos que celebre y los actos que realice dentro de los poderes y facultades legales o estatutarios, afectan al ente jurídico como propios", por lo que se reitera, las facultades entregadas no pueden desplazarse por su propia voluntad"*⁶⁸, la conclusión a la que se arriba es que el señor Antanas Mockus incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, por cuanto, en su calidad de representante legal de Corpovisionarios, intervino, indirectamente, en interés de la persona jurídica que representaba, en la gestión de negocios y en la celebración de contratos con entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que resultó elegido Senador de la República.

⁶⁸ Concepto Jurídico de la Supersociedades 220-44596, radicado 2001-01- 079048

Esta causal aunque lógicamente se predica de la conducta de una persona natural, debe comprender, asimismo, aquellos eventos en que esa persona natural realiza los actos descritos en la inhabilidad en nombre y representación de una persona jurídica, sin que pueda considerarse que se hable de simulación o contratación por interpuesta persona, que no es este el caso.

En efecto, no tendría sentido excluir en la primera parte de la inhabilidad a las personas jurídicas que adelantan gestiones ante entidades públicas o celebran contratos con ellas. Estos entes jurídicos actúan a través de sus representantes, que son quienes tienen la capacidad de comprometerlas jurídica y patrimonialmente.

La Sección Primera de esta Corporación, en sentencia del 24 de mayo de 2018⁶⁹, confirmó la sentencia de primera instancia que decretó la pérdida de investidura del concejal del municipio de Sincelejo, señor Aris Harvey Ramírez Junieles, por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000⁷⁰, por considerar que el concejal demandado, elegido para el periodo 2016-2019, al momento de celebrar el contrato con el Departamento de Sucre (28 de abril de 2015) figuraba en el registro mercantil como representante legal de una sociedad, dando plena aplicación a los artículos 164 y 442 del Código de Comercio. La defensa señaló que en reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas de la sociedad Salud Drogas y Suministros S.A.S., realizada el 21 de abril de 2014 se adoptó, entre otras decisiones, la de nombrar como Gerente de la sociedad al Señor Stiven Ramírez Junieles [...], pero la Sección consideró que como la citada acta solo vino a ser inscrita en el registro mercantil el 21 de abril de 2016, esto es, tan solo unos meses antes de que se presentara la demanda de pérdida de investidura en contra del demandado, no se podía entender que el demandado hubiera dejado de fungir como representante legal de aquella sociedad desde el nombramiento del nuevo gerente, encontrándose, entonces,

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Mag. Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicado No. 2016-00274-01 (P.I.).

⁷⁰ **Artículo 43.- Inhabilidades.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: [...]. 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

incurso en la inhabilidad y, por ende, en la causal de pérdida de investidura, previo juicio del elemento subjetivo.

En el presente caso, está visto que el señor Antanas Mockus para la fecha de la celebración de los convenios de asociación era el representante legal de Corpovisionarios y que quien suscribió dichos convenios actuó en representación suya, es decir, del señor Mockus, quedando acreditado el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura endilgada.

Ahora bien, el elemento subjetivo hace relación a la culpabilidad con la que pudo haber actuado el congresista demandado que, aunque no fue objeto de análisis en la decisión de la referencia, es necesario abordarlo por así disponerlo el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018⁷¹ y con fundamento en la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, que señaló que dado el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura *“está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales”* y aplicables siempre bajo una interpretación adecuada a los fines propios que lo caracterizan. Así, la Corte indicó que entre los principios del derecho sancionatorio se encontraba la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable, principio del cual se ha derivado **el principio de culpabilidad**, que en el ámbito penal hace referencia a la necesidad de demostrar una responsabilidad subjetiva en la comisión de un delito. La Corte concluyó:

“Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una

⁷¹ **ARTÍCULO 1.** El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”.

Bajo este derrotero, considero que en el presente caso con el fin de determinar las circunstancias particulares en las que se dio la conducta del señor Antanas Mockus y para establecer si él conocía o debía conocer la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a ello, resultan relevantes algunos hechos que sucedieron con anterioridad a la celebración de los convenios, de los que se puede extraer el estudio que se requiere.

Lo primero que se debe mencionar es que la condición del señor Antanas Mockus como representante legal de Corporvisionarios implicaba el conocimiento de los deberes que el cargo le imponía, los cuales se encuentran previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, esto es, *“obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”.*

El artículo 200 del Código de Comercio (artículo 24 de la Ley 222 de 1995) consagra la responsabilidad de los representantes legales y la presunción de culpa en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2006, en la que consideró:

“[...] en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además, normas que agilizaran y facilitarían las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad.

[...]

Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían[4], la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un

buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad”.

Estos deberes, para el caso concreto, implican, en primer término, el conocimiento que debía tener el señor Mockus sobre la obligación legal de hacer la inscripción en el registro de la Cámara de Comercio de Bogotá de la Resolución 3 del 10 de octubre de 2014, si lo pretendido por él, mediante ese acto de delegación, era traspasar la representación legal, que tenía a su cargo, en favor del Director Ejecutivo de la corporación para la suscripción de los contratos objeto de debate. Sin embargo, como se advierte en la ampliación de la versión libre rendida por el señor Mockus ante el Consejo Nacional Electoral, valorada en el proceso como prueba trasladada, a la pregunta: *“según el expediente, la delegación de la representación legal de Corpovisionarios por Colombia, no fue registrada ante la Cámara de Comercio respectiva, sírvase manifestar qué conoce al respecto”*, el deponente CONTESTÓ: *“conozco que a cada documento que acompaña a cada proyecto se anexa una copia de la delegación y si esta no reposa en ciertos momentos en la Cámara, los interesados, mejor dicho, muchas de las personas que permiten desarrollar proyectos les basta con esa copia [...]”*⁷².

Lo anterior evidencia que el señor Mockus consideraba suficiente que a cada proyecto se allegara copia de la delegación que modificaba la representación legal de la Corporación que recaía en él, inadvirtiéndolo las normas mercantiles que obligan su registro. Ello demuestra una falta de diligencia mínima en este aspecto tan importante, no solo para el funcionamiento de Corpovisionarios sino para la proyección de la entidad en el cumplimiento de su objeto social.

Ahora bien, la Propuesta de Trabajo Técnica y Económica presentada por Corpovisionarios a la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, en respuesta a la carta de intención que el Gerente General de esa agencia dirigió al doctor Antanas Mockus, como Presidente de Corpovisionarios, incluye el nombre del señor Antanas Mockus en varios de sus apartes, mostrando con ello la idoneidad de su participación, debido a los reconocimientos internacionales que le han hecho⁷³, mostrando algunos registros fotográficos, uno de ellos dentro del

⁷² Folio 59 del cuaderno principal.

⁷³ Folio 53 del cuaderno de anexos 1.

equipo directivo⁷⁴ y otro con un grupo de personas con él en el centro⁷⁵. Para el evento de lanzamiento la Corporación se ofreció la *“intervención de Antanas Mockus, presidente de Corpovisionarios”*⁷⁶.

En el mismo sentido, en el documento *“Análisis de sector para adelantar el proceso de contratación – Convenio de Asociación”* elaborado por la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto explica que el coordinador general de la propuesta será el profesor Antanas Mockus, que en la actualidad es el presidente de la Corporación, relata los cargos docentes que ha ocupado a nivel nacional e internacional, los títulos obtenidos y las investigaciones que ha realizado. Menciona que en el año 2008 se inició un proyecto en la ciudad de Medellín que contó con la conferencia *“La vida es sagrada”* del profesor Antanas Mockus. Que *“gracias a los buenos resultados de las experiencias alcanzadas por Corpovisionarios con entidades públicas con las que ha tenido relación, la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, consideró pertinente desarrollar el proyecto que se plantea la (sic) presente propuesta”*⁷⁷. Señala que las líneas de intervención de Corpovisionarios recogen aprendizajes y nuevos conocimientos derivados, entre otros, de la experiencia de la Alcaldía del doctor Antanas Mockus en la ciudad de Bogotá. Que *“parte de lo más reconocido ha sido la capacidad de sintetizar o visibilizar políticas bajo consignas contundentes: recursos públicos, recursos sagrados; construir sobre lo construido, todos ponen, todos toman; la vida es sagrada”*⁷⁸.

Todo lo anterior permite evidenciar que la participación del profesor Antanas Mockus era definitiva para la obtención del convenio y aunque se hubiera demostrado que finalmente no intervino en el desarrollo del mismo, y que hubiere delegado la facultad de suscribir contratos en el Director Ejecutivo de la corporación, ello no implicaba que no tuviera conocimiento de su futura participación en tal trabajo de asociación, máxime que, según relatan los documentos mencionados, su intervención era acostumbrada en este tipo de eventos o en el desarrollo del objeto social de la entidad. Es decir, su intervención, de manera indirecta, fue decisiva en la gestión de negocios ante las entidades públicas objeto de este debate.

⁷⁴ Folio 41 del cuaderno de anexos 1.

⁷⁵ Folio 52 del cuaderno de anexos 1.

⁷⁶ Folio 45 del cuaderno de anexos 1.

⁷⁷ Folios 83 y 84 del cuaderno de anexos 1.

⁷⁸ Folio 85 del cuaderno de anexos 1

De acuerdo con lo expuesto, considero que el congresista demandado sí sabía de la suscripción de estos convenios y de su posible participación en los mismos, prueba de ello es que en la sentencia de la que me aparto menciona que si bien el congresista demandado fungía como presidente de Corpovisionarios para la fecha de la elección parlamentaria, lo cierto es que no pudo aprobar la celebración de los convenios de asociación N° 10 y 0566 de 2017 por cuanto no integraba el órgano corporativo encargado de avalar este tipo de negocios jurídicos; y que si bien el señor Murrain Knudson sometió a consideración del consejo directivo de Corpovisionarios la posibilidad de suscribir un convenio de asociación con la ACPP, **el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas** no pudo haber votado en esa sesión, por cuanto **presidía la reunión** pero no integraba el órgano de administración corporativa.

Entonces el señor Antanas Mockus no se podía sustraer del conocimiento de la inhabilidad que recaía en él para participar en los comicios electorales que definirían el Congreso de la República para el periodo constitucional 2018-2022.

Como lo señaló la sentencia de la Sección Primera del 24 de mayo de 2018, citada en párrafos anteriores, “[...] *el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa y, para el análisis de esos aspectos, debía acudirse al artículo 63 del Código Civil, que prevé:*

«[...] **ARTICULO 63. CULPA Y DOLO.** *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios

importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” [...]»

II.5.9.- *En el caso concreto, es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual se aspira, incluso en los eventos de elección popular; sin embargo el **entendimiento** de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon; e, igualmente, se tendrán en cuenta los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida inhabilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar”⁷⁹.*

Pues bien, de las anteriores consideraciones, a mi juicio, inequívocamente se configura en el congresista demandado el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para concluir que se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades, en la medida en que no actuó con la debida diligencia si su aspiración era lograr una curul en el senado. A mi juicio, no obstante el conocimiento de las normas sobre representación legal de las entidades sin ánimo de lucro, el señor Antanas Mockus se soslayó de su cumplimiento y, a sabiendas que había intervenido en la gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas, dentro del periodo inhabilitante, procedió a inscribir su candidatura y resultó elegido Senador, mostrando su falta de cuidado o poca prudencia que se reputa del actuar al menos de un buen padre de familia.

Por último, es relevante señalar que del actuar del señor Antanas Mockus resultaba innegable el beneficio electoral personal que se obtendría en los comicios llevados a cabo en marzo de 2018, con ventaja frente a los demás candidatos al senado de la República, pues se trataba de la ejecución de unos convenios con dos entidades públicas, durante todo el periodo electoral, por parte de una corporación ampliamente conocida, de la que él era no solo su representante legal sino su cabeza más visible, en cuantías de \$428.571.429,00 (Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto) y \$671.943.127,00 (Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá), y con la

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, Mag. Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicado No. 2016-00274-01 (P.I.).

participación de la ciudadanía, como se advierte del objeto de cada uno de los mencionados convenios⁸⁰.

De acuerdo con lo analizado, para el suscrito, resulta evidente que la sentencia de la cual me aparto debió decretar la pérdida de la investidura del señor Antanas Mockus, pues con su conducta culposa incurrió en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, comoquiera que sabía que había intervenido en la gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas, en noviembre de 2017 y, no obstante ello, procedió a inscribir su candidatura, siendo elegido Senador el 11 de marzo de 2018, para el periodo constitucional 2018 – 2022, violando de esta manera el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 Constitucional, concretamente, el numeral 3.

En estos términos dejo plasmadas las razones que me llevaron a salvar el voto en la providencia de la referencia.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Fecha Ut Supra.

⁸⁰ El de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto: "AUNAR ESFUERZOS HUMANOS, ADMINISTRATIVOS TECNICOS Y FINANCIEROS PARA APOYAR EL DISEÑO Y LA IMPLEMENTACION DE UN EJERCICIO DE VISION COMPARTIDA EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, QUE DESDE EL ENFOQUE DE CULTURA CIUDADANA CONTRIBUYA A LA CONSTRUCCION DE UNA MIRADA DE PAZ POR PARTE DE LA CIUDADANIA, QUE PARTA DE LA CORRESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES PERSONALES Y FAMILIARES EN LA VIDA COTIDIANA, CON ENFASIS DE TRABAJO EN JOVENES" Y el de la UAESP: "[...] AUNAR ESFUERZOS ENTRE LOS ASOCIADOS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA CULTURA CIUDADANA EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, QUE LOGRE EL CAMBIO DE COMPORTAMIENTOS RELACIONADOS CON LA GENERACIÓN Y EL MANEJO ADECUADO DE LOS RESIDUOS Y LA SEPARACIÓN EN LA FUENTE EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ" (folios 86 del cuaderno principal y 2 del cuaderno de anexos 2).