

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Competencia de la Sala Plena para resolver recurso de apelación

La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación, sin participación de los magistrados que dictaron la sentencia de primera instancia, conforme con los artículos 184 y 237 (numeral 5) de la Constitución Política, 2 de la Ley 1881 de 2018 y 2 del Acuerdo 011 del 31 de enero de 2018

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 184 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 5 / ACUERDO 011 DEL 31 DE ENERO DE 2018 – ARTÍCULO 2

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Finalidad / VULNERACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Como causal de pérdida de investidura

[D]e acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, aplicable al presente asunto, *“el proceso de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetivo”*, lo cual implica que no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que, además de ello, es necesario que las acciones u omisiones constitutivas de la falta puedan atribuirse a título de dolo o culpa. (...) La Constitución Política, artículo 183 numeral 1, consagra la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades (...) A su vez el artículo 182 ídem, señala la obligación de los congresistas de poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración y difiere a la ley los demás temas relacionados con los conflictos de intereses y las recusaciones. (...) Para un adecuado entendimiento del marco constitucional de la causal de pérdida de investidura referida al conflicto de intereses (Constitución Política, arts. 183 - numeral 1- y 182), ésta debe observarse y armonizarse con el artículo 185 ídem, el cual garantiza la inviolabilidad del congresista por las opiniones y los votos que expresa con ocasión de su labor legislativa

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 7 / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 182 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 185

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características del proceso de investidura ver Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia de 31 de julio de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia Rad. 2007-00244-02 y Corte Constitucional, sentencia C-254A/12, entre otras

CONCURRENCIA DE UN INTERÉS DIRECTO, PARTICULAR Y ACTUAL O INMEDIATO EN CABEZA DE QUIEN ES CONGRESISTA O SU CÍRCULO CERCANO – Como elemento estructurante de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses

En cuanto al segundo de los mencionados elementos de la causal de pérdida de investidura en comento, esto es *“(ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano”*, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que se estructura

cuando se observa: a) la existencia de un interés particular –*de cualquier orden, incluso moral*- del congresista en la deliberación o decisión de un tema específico a cargo del Congreso; b) que efectivamente participe en la deliberación o decisión de ese tema en específico; c) que ese interés sea directo, no eventual o hipotético; d) que además el interés sea actual, y e) que el beneficio recibido no sea general sino particular. Así las cosas, es válido concluir que, la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de conflicto de intereses se presenta cuando el congresista tiene interés directo en el asunto que se encuentra conociendo porque el mismo le afecta en forma personal, a alguno de sus parientes en los grados indicados en la norma o, a sus socios, y plantea un enfrentamiento entre su interés personal y el interés general que debe guiar el ejercicio de sus funciones, lo que obliga a que aquel deba manifestar su impedimento para efectos de que este sea resuelto so pena de incurrir en la causal de pérdida de investidura; en ese orden el conflicto de intereses es un concepto jurídico indeterminado y, debido a ello, será el juez el que decida, en el caso concreto, si existe fundamento suficiente para la desinvestidura solicitada

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 41 NUMERAL 7 / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 182

CARÁCTER VINCULANTE Y SUPRAPARTIDISTA DEL ACUERDO DE COALICIÓN DE LA LISTA DE LOS DECENTES – Normas aplicables / COALICIONES – No eran asimilables a las organizaciones políticas con personería jurídica

[E]n relación con el carácter vinculante y suprapartidista del acuerdo de coalición de la lista de los decentes, la Sala debe realizar un recuento de la normatividad vigente para la fecha de su suscripción -9 de diciembre de 2017-, en consecuencia se observa que: De conformidad con el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones deben determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña so pena de perder el derecho a la reposición de gastos y, en atención a la Ley 974 de 2005 -*por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas*-, únicamente los integrantes de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos, constituyen una bancada en la respectiva cámara. De acuerdo con las normas antes mencionadas, las coaliciones solo estaban reguladas en cuanto a la reposición de gastos de la campaña electoral, por lo tanto no les era aplicable el régimen de bancadas dispuesto para los partidos, movimientos sociales o grupo significativo de ciudadanos. Por otra parte el Acto Legislativo de 01 de 2009 –*que modificó el artículo 107 de la Constitución Política*- señaló que todos los ciudadanos tienen derecho a fundar, organizar o desarrollar partidos y movimientos políticos, así como a afiliarse o retirarse -*sin que puedan pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político*-, y tienen autorizado tomar decisiones para la escogencia de candidatos propios o por coalición de acuerdo con sus estatutos y la ley. En atención a lo anterior, el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 reguló la inscripción de candidatos por coalición únicamente para cargos uninominales y el Acto Legislativo 02 de 2015 –*que modificó el artículo 262 de la Constitución Política*-, permitió que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, presenten listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas. (...) En conclusión, para la fecha de suscripción del acuerdo, la

normativa legal no incluía la posibilidad de que las coaliciones se asimilaran a las organizaciones políticas con personería jurídica –*partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos*- ni existía norma expresa que estableciera su carácter vinculante o sanción alguna -*menos aun la pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses*- para los integrantes que se apartaran de sus criterios políticos. En ese sentido, no era dable entender –*para la fecha suscripción del acuerdo*- que las coaliciones políticas estuvieran jurídicamente habilitadas para ejercer los derechos de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, tales como la declaración política –*oposición, independiente y de gobierno*- o la posibilidad de constituir bancadas

FUENTE FORMAL: LEY 130 DE 1994 – ARTÍCULO 13 / LEY 1475 DE 2011 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 262 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 / LEY 974 DE 2005 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02135-01(PI)

Actor: AÍDA YOLANDA AVELLA ESQUIVEL, MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ, GUSTAVO BOLÍVAR MORENO y DAVID RICARDO RACERO MAYORCA

Demandado: JONATÁN TAMAYO PÉREZ

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Asunto: VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES (CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULOS 183 -NUMERAL 1- Y 182. / ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN.

Decisión: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE NEGÓ LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL SENADOR DEMANDADO.

Ha venido el expediente de la referencia con informe de la Secretaría General del Consejo de Estado de 2 de diciembre de 2019¹ para decidir el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, contra la sentencia de primera instancia de 25 de septiembre de 2019 proferida por la Sala Novena Especial de

¹ Cuaderno principal N° 3, Folio 473.

Decisión del Consejo de Estado, que negó la solicitud de pérdida de investidura promovida contra el senador de la república señor Jonatán Tamayo Pérez.

I. ANTECEDENTES

1.1. Fundamentos fácticos y jurídicos²

Fundamentos fácticos. En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura –*Constitución Política, artículo 183; Ley 1437 de 2011, artículo 143³, y Ley 1881 de 2018⁴*-, los ciudadanos Aída Yolanda Avella Esquivel, María José Pizarro Rodríguez, Gustavo Bolívar Moreno y David Ricardo Racero Mayorca solicitaron ante el Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de investidura del señor Jonatán Tamayo Pérez, en su calidad de senador de la república para el período constitucional 2018-2022, electo por la *Coalición Lista de la Decencia (ASI⁵, UP⁶ y MAIS⁷)*- y avalado por el primero de ellos.

Señalan los accionantes que los partidos políticos Alianza Social Independiente (ASI), Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) y Unión Patriótica (UP), suscribieron el 9 de diciembre de 2017 un **Acuerdo de Coalición** denominado “*Lista de la Decencia (ASI, UP y MAIS)*” para participar en las elecciones al Senado de la República del 11 de marzo de 2018, donde se pactaron compromisos de obligatorio cumplimiento para los partidos y los candidatos, tales como: el cumplimiento de un “*programa básico de transformaciones orientado al buen vivir*”, actuar como bancada de coalición a través de los senadores que resultaran elegidos y adelantar un trabajo legislativo conjunto y coordinado en el marco de los lineamientos de los respectivos partidos y del acuerdo de coalición.

Afirmaron que en los mencionados comicios, resultaron elegidos como senadores por la coalición “*Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)*”, los señores Gustavo Bolívar Moreno (avalado por el partido MAIS), Aída Avella Esquivel (avalada por el partido UP) y Jonatán Tamayo Pérez (avalado por el partido ASI), los cuales tomaron posesión el 20 de julio de 2018.

² Cuaderno principal N° 1, Folio 1 a 34.

³ Ley 1437 de 2011, artículo 143. Pérdida de investidura. A solicitud de la mesa directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causales establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de Congresistas. (...).

⁴ 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.

⁵ Partido Político Alianza Social Independiente.

⁶ Partido Político Unión Patriótica.

⁷ Movimiento Alternativo Indígena y Social.

Indicaron los demandantes que el senador Jonatán Tamayo Pérez, tras tomar posesión del cargo y durante el curso de la actual legislatura, en varias ocasiones: i) manifestó -*ante distintos medios de comunicación*- que la coalición “*Lista de la Decencia*” no cuenta con personería jurídica, solo tenía fines electorales, no refleja su pensamiento político y debería tener por nombre “los indecentes”, ii) afirmó públicamente ser senador del gobierno, simpatizar con el Partido Centro Democrático y el senador Álvaro Uribe Vélez, y iii) desconoció las políticas de la bancada de coalición⁸ frente a temas como el Plan de Desarrollo, la ley de financiamiento, la JEP, la ley de víctimas, la reforma política y la reforma a la justicia, dado que votó a favor de estas.

Fundamentos jurídicos. Vulneración del régimen de conflicto de intereses de carácter moral –Constitución Política artículos 183 (numeral 1) y 182-, en concordancia con la Ley 5 de 1992 (artículo 296 –numeral 3-)

Señalaron los demandantes, que el senador Jonatán Tamayo Pérez, incurrió en la causal de pérdida de investidura denominada *violación del régimen de conflicto de intereses –de carácter moral-*, prevista en los artículos 182⁹ y 183, numeral 1¹⁰, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 296, numeral 3, de la Ley 5 de 1992, por cuanto ocultó sus verdaderas convicciones políticas y actuó en contra de la coalición “*lista de decentes*” por la que fue elegido, dando lugar al choque entre sus intereses personales y los deberes u obligaciones del cargo que desempeña, específicamente en atención a que:

- Infringió las Leyes N° 1475 de 2011 –*por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos*- y N° 974 de 2005 –*ley de bancadas*- por cuanto renegó, combatió y calumnió con comentarios desobligantes a la bancada de la coalición por la que fue elegido; ocultó durante la campaña electoral su contradicción con el acuerdo para lograr un escaño en el

⁸ En la demanda se expresa que el demandado desconoció las políticas de la bancada de la coalición, por cuanto votó favorablemente: 1) Por la plancha de coalición del gobierno, para la mesa directiva del Senado de la República, 2) El proyecto de acto legislativo de reforma política y electoral, 3) El proyecto de la ley general de regalías, 4) El proyecto de segunda vuelta para la elección de alcalde del distrito capital de Bogotá, 5) El proyecto de presupuesto nacional, 6) El Plan nacional de desarrollo, y porque aceptó la designación para la comisión accidental del estudio de las objeciones presidenciales al proyecto de reforma estatutaria para la creación de la Justicia Especial para la Paz (JEP).

⁹ Constitución Política. Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

¹⁰ Constitución política. Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

congreso *-con lo cual generó una contradicción entre sus intereses privados y los públicos-* y, votó en contra de las posiciones políticas de la bancada de la coalición y en favor del gobierno en las siguientes iniciativas debatidas en el Senado de la República:

- Votó por la coalición de gobierno en las elecciones a la Mesa Directiva del Senado.

- Votó positivo *–el 29 de octubre de 2018-*, el proyecto de acto legislativo N° 08 de 2018, acumulado acto legislativo N° 09 de 2018 S *-por el cual se adopta una reforma política y electoral-*.

- Votó positivo *–el 5 de diciembre de 2018-*, el proyecto de ley N° 167 de 2018 S-182 C *-por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías-*.

- Votó positivo *–el 16 de diciembre de 2018-*, el proyecto de acto legislativo N° 25 de 2018 S y 044 de 2018 C *-por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política y se establece la segunda vuelta para la elección de alcalde mayor de Bogotá-*.

- Votó positivo *–el 18 de diciembre de 2018-* el proyecto de ley N° 197 de 2018 S y 240 de 2018 C *-por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional.*

- Votó positivo *-el 2 de mayo de 2019-* el proyecto de ley N° 227 de 2019 S y 311 de 2019 C *-por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.*

- Infringió la **Ley 1909 de 2018** *-estatuto de la oposición-*, al declararse como senador del gobierno *-pese a que la coalición de la lista de decentes se declaró en oposición al gobierno-* y porque en su calidad de senador de la lista de decentes se hizo elegir como miembro de una comisión accidental del Senado para resolver sobre las objeciones del Presidente de la República al proyecto de ley para la creación de la Justicia Especial para la Paz (JEP). Lo primero porque la decisión de declararse a favor o en oposición al gobierno es competencia de las organizaciones políticas *–en este caso de la coalición de los decentes-* mas no de los congresistas unilateralmente, y lo segundo porque dadas sus convicciones políticas se hizo pasar como miembro de la oposición sin verdaderamente serlo.

1.2. Oposición a la demanda de pérdida de investidura¹¹

¹¹ Cuaderno principal N° 1, Folio 53 a 77.

Mediante escrito de 4 de junio de 2019 el congresista demandado, a través de apoderado, se opuso a la solicitud de pérdida de investidura, de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación:

Señaló que las coaliciones, al no ser partidos o movimientos políticos, organizaciones sociales o grupos significativos de ciudadanos, no tienen los mismos derechos y atributos de aquellos, motivo por el cual no cuentan con personería jurídica, no tienen el derecho a constituirse en oposición u otorgar avales, ni pueden ser consideradas como organizaciones políticas distintas de los partidos que las conforman.

Afirmó que las decisiones de bancadas solo se predicen de la pluralidad de integrantes de un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos y no de los congresistas elegidos por coaliciones de distintos partidos políticos, por lo tanto no hace parte de bancada alguna dado que fue el único senador elegido por el Partido Alianza Social Independiente (ASI).

Indicó que el acuerdo de coalición denominado “lista de la decencia” no es un estatuto de un partido político ni tiene valor vinculante para los integrantes de los partidos y movimientos de la coalición, pues se trata de una alianza política con fines electorales que en este caso se rompió en el momento en que el Partido Político Alianza Social Independiente (ASI) optó por tomar un camino diferente al declararse partido de gobierno.

Expuso que el hecho de participar en debates y votar apartándose de los lineamientos de la coalición no configura un conflicto de intereses, pues no votó en provecho de un interés propio y su proceder respondió a las directrices de su partido, el cual en un primer momento se declaró a favor del gobierno y luego independiente, posturas políticas estas que lo habilitaban para apoyar los proyectos e iniciativas legislativas cuestionadas en la demanda.

1.3. La sentencia apelada¹²

La Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2019 negó la solicitud de desinvestidura del senador de la república Jonatán Tamayo Pérez y remitió copia a la Comisión de Ética del

¹² Cuaderno principal N° 3, Folio 376. Los Consejeros Dr. **Gabriel Valbuena Hernández; Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto; Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés; Dra. Marta Nubia Velásquez Rico y Dr. Luis Alberto Álvarez Parra**, suscribieron la sentencia de primera instancia.

Senado para que se “adopten las decisiones que en derecho correspondan”, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Señaló que para la fecha de suscripción del acuerdo de coalición –9 de diciembre de 2017- solo existía la regulación de coaliciones para postulación a cargos unipersonales - Ley 1475 de 2011-, mas no se establecía el grado de vinculación jurídica para cargos de corporaciones de elección popular o las consecuencias de su desconocimiento -tanto por los partidos y movimientos políticos como por sus miembros-¹³, por lo tanto el mencionado instrumento solamente podía tener fines políticos coyunturales y su inadvertencia no generaba ninguna consecuencia jurídica.

Afirmó que el demandado podía votar libremente los proyectos presentados por el gobierno pues jurídicamente no había una bancada de coalición de la lista de decentes, por cuanto la Ley 974 de 2005 únicamente es aplicable a los partidos y movimientos políticos; no existía una bancada del Partido Alianza Social Independiente (ASI) -dado que el demandado fue el único senador elegido por éste- y su partido en un principio se declaró a favor del gobierno y luego independiente, con lo cual no estaba obligado a hacer oposición.

Indicó que de las pruebas del expediente -testimonios y artículos de prensa- no se puede colegir que el demandado haya votado los proyectos de ley y de acto legislativo cuestionados por los demandantes motivado por un interés o provecho particular, a efectos de que pueda configurarse la causal invocada de pérdida de investidura referida a la vulneración del régimen de conflicto de intereses.

Expuso que las declaraciones desobligantes del demandado para con los senadores miembros de la coalición “lista de decentes”, no configuran la causal de pérdida de investidura invocada (Constitución Política, artículos 183 -numeral 1- y 182), pero eventualmente pueden ser conocidas por el órgano interno disciplinario de la corporación legislativa -Comisión de Ética y Disciplina del Congreso-.

1.4. La apelación¹⁴

¹³ Dado que tal regulación se estableció en la Ley Estatutaria N° 1909 de 2018 y la Resolución N° 2151 de 5 de junio de 2019 del Consejo Nacional Electoral.

¹⁴ Cuaderno principal N° 3, Folio 417.

Mediante escrito de 29 de octubre de 2019, los demandantes presentaron recurso de apelación contra la sentencia de 25 de septiembre de 2019 de la Sala Novena Especial de Decisión que negó la pérdida de investidura del senador Jonatán Tamayo Pérez, con el fin de que se revoque la decisión de negar la desinvestidura y en consecuencia se acceda a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos.

Señalaron que el A quo, no tuvo en cuenta que la razón de ser del medio de control de pérdida de investidura es la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento constitucional, garantizar el interés público, recuperar el prestigio del órgano legislativo, desterrar prácticas indebidas e indecorosas y evitar abusos de poder con fines personales, circunstancias en las cuales incurrió el demandado.

Indicaron que la sentencia de primera instancia pasó por alto que de conformidad con el artículo 262 de la Constitución Política, el acuerdo de coalición “lista de decentes” tiene naturaleza supra partidista, fuerza vinculante y compromete a los partidos como a sus miembros, por lo tanto, éstos no pueden desconocer la coalición ni asumir comportamientos ajenos y contrarios a la misma.

Afirmaron que el fallador de instancia dejó de lado las declaraciones desobligantes del demandado, quien manifestó que los votos de la “lista de decentes” que permitieron su elección fueron obtenidos como resultado de un intercambio por drogas *-manifestaciones contenidas en los vídeos señalados en los numerales 15 y 16 del acápite de pruebas de la demanda-*, lo cual constituye un comportamiento que merece la pérdida de su investidura, en la medida en que atenta contra el prestigio y la dignidad del órgano legislativo, y demuestra un claro conflicto de intereses de índole moral.

Expusieron que la sentencia apelada no observó que el acuerdo suprapartidista, al haber sido inscrito ante la autoridad electoral, dio lugar a que la coalición de los decentes pudiera participar en los comicios y estableció un régimen especial obligatorio de bancada *-más relevante que los estatutos de los partidos que integraban la coalición-*, el cual impedía a los parlamentarios así elegidos actuar en contra de los criterios políticos de esa bancada.

1.5 La concesión del recurso

Mediante auto del 31 de octubre de 2019¹⁵, la Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura que profirió la sentencia impugnada, consideró que el recurso de apelación interpuesto por los demandantes cumplió con las exigencias legales, dado que fue presentado y sustentado en el término legal otorgado para el efecto, por lo tanto, decidió concederlo.

1.6 Trámite procesal de la segunda instancia

1.6.1 El Despacho de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, a quien correspondió por reparto la sustanciación en segunda instancia del proceso de la referencia¹⁶, mediante auto de 12 de noviembre de 2019¹⁷, admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia y corrió traslado del mismo al senador Jonatán Tamayo Pérez y al Ministerio Público, por el término de tres (3) días, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018 *–en concordancia con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2001–*.

1.6.2 Los apelantes mediante escrito de 18 de noviembre de 2019¹⁸, presentaron “*complementación*” del recurso de apelación incoado contra la sentencia de la Sala Novena Especial de Decisión del Consejo de Estado, que negó en primera instancia las pretensiones de la pérdida de investidura de la referencia.

1.6.3. Mediante auto de 19 de noviembre de 2019¹⁹, el despacho sustanciador declaró improcedente por extemporánea la complementación del recurso de apelación presentada por los apelantes y ordenó reanudar la notificación del auto que admitió el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 118 del Código General del Proceso *–aplicable por virtud del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018–*.

1.7 Oposición al recurso de apelación²⁰

Por medio de escrito de 18 de noviembre de 2019, el apoderado del demandado solicitó desestimar la apelación y, en consecuencia, se confirme la sentencia de primera instancia

¹⁵ Cuaderno principal N° 3, Folio 421.

¹⁶ Reparto y paso a despacho que fue realizado el 12 de noviembre de 2019, visibles a folios 427 y 428 del cuaderno principal N° 3.

¹⁷ Cuaderno principal N° 3, folio 429.

¹⁸ Cuaderno principal N° 3, folio 437.

¹⁹ Cuaderno principal N° 3, folio 447.

²⁰ Cuaderno principal N° 3, Folio 445 a 446.

que negó la pérdida de investidura. En sustento de lo anterior presentó los siguientes argumentos:

Afirmó que, las coaliciones con miembros en las corporaciones públicas de elección popular no tienen bancadas, por cuanto éstas se conforman únicamente por los integrantes de las organizaciones políticas –*partidos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos con personería jurídica*-, en consecuencia no estaba obligado a asumir las directrices de la “lista de decentes” sino únicamente las de su partido.

Indicó que, el acuerdo que suscribieron los representantes legales de los partidos ASI (Alianza Social Independiente), MAIS (Movimiento Alternativo Indígena y Social) y UP (Unión Patriótica) para inscribir una lista al Senado de la República (2018-2022), no es jurídicamente obligatorio, dado que la elección al Congreso de la República no es programática.

Señaló que, en el expediente no obra prueba que acredite la existencia de los elementos configurativos de violación al régimen de conflicto de intereses de orden moral, lo cual es indispensable para decretar la pérdida de investidura.

1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia²¹

Mediante memorial radicado ante la Secretaría General del Consejo de Estado el 20 de noviembre de 2019, la delegada del Ministerio Público rindió concepto, por el cual solicitó confirmar la sentencia de 25 de septiembre de 2019 proferida por la Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura que negó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura. Para sustentar la mencionada solicitud expuso los siguientes argumentos:

Afirmó que, contrario a lo manifestado en el recurso de apelación, el A Quo en la sentencia de primera instancia hizo alusión expresa a las acusaciones relacionadas con los supuestos términos desobligantes con los cuales el demandado se refirió a la lista de coalición, sin embargo tales expresiones no dan lugar a la configuración de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

Señaló que, se acusó al demandado de haber votado favorablemente varios proyectos de ley y de acto legislativo en contra de las directrices de la coalición, pero no obra en el

²¹ Cuaderno principal N° 3, Folios 449.

expediente evidencia, ni siquiera indiciaria, que permita colegir que tales votos obedecieron a la intención de dar preferencia a algún interés particular sobre el interés general de la sociedad.

Indicó que, las declaraciones por las cuales se solicita la pérdida de investidura del senador demandado, si bien pueden ser condenables por afectar el buen nombre y la reputación de la institución parlamentaria, no logran estructurar la causal invocada, pues no se encuentra probado que de ellas resulte algún interés directo, particular y actual de parte del demandado o sus allegados, el cual hubiera estado presente mientras ejerció las funciones propias de su cargo.

Concluyó que en el presente caso la cuestión de fondo no es realmente un conflicto de intereses (el cual nunca se precisó de manera clara, ni en su contenido, ni en las circunstancias temporales y materiales de su ocurrencia), sino la aparente deslealtad de parte de las directivas del Partido ASI y del demandado, cuando resolvieron apartarse del acuerdo de coalición, lo cual no se compadece con la causal de pérdida de investidura invocada.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Presupuestos procesales. Competencia, legitimación en la causa y oportunidad de la solicitud

La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación, sin participación de los magistrados que dictaron la sentencia de primera instancia, conforme con los artículos 184 y 237 (numeral 5) de la Constitución Política, 2 de la Ley 1881 de 2018 y 2 del Acuerdo 011 del 31 de enero de 2018²².

Los señores Aída Yolanda Avella Esquivel, María José Pizarro Rodríguez, Gustavo Bolívar Moreno y David Ricardo Racero Mayorca son ciudadanos colombianos²³ y, por tanto, están legitimados para promover la solicitud de pérdida de investidura de

²² Por medio del cual se conforman las salas especiales de decisión de pérdida de investidura de que trata el artículo 2° de la Ley 1881 de 2018 y se reglamenta su funcionamiento.

²³ Según la constancia de presentación personal de las demandas, en la que se indica que se identificaron con cédula de ciudadanía.

congresista, en los términos de los artículos 184 Constitución Política y 2 de la Ley 1881 de 2018.

Está acreditado que el señor Jonatán Tamayo Pérez fue elegido senador de la república por el Partido Alianza Social Independiente (ASI) para el período 2018-2022, según se constató en la Resolución N° 1596 de 16 de julio de 2016 expedida por Consejo Nacional Electoral²⁴.

La solicitud de pérdida investidura fue presentada el 14 de mayo de 2019²⁵, por hechos que según los demandantes iniciaron su ocurrencia el 20 de julio de 2018 *-día de la posesión del demandado como senador de la república-*, lo que permite concluir que ésta se presentó dentro del término de caducidad de cinco (5) años, establecido en el artículo 6²⁶ de la Ley 1881 de 2018.

2.2 Problema jurídico a resolver

La Ley 1881 de 2018 no regula los presupuestos de la apelación²⁷, por lo tanto, es procedente la aplicación del artículo 320 del CGP²⁸, que prescribe que este recurso tiene por objeto que el superior examine la providencia recurrida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante para que la decisión sea revocada o reformada, según sea el caso.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado decidir si se cumplen los requisitos para la configuración de la causal de pérdida de investidura de los artículos 183 (numeral 1) y 182 de la Constitución Política, únicamente respecto de la acusación contra el demandado de haber incurrido en vulneración del régimen de conflicto de intereses *-de carácter moral-*, en razón de las expresiones contra la “lista de los decentes” en favor del gobierno y su

²⁴ Cuaderno principal N° 1, Folio 176.

²⁵ Cuaderno principal N° 1, Folio 7.

²⁶ Ley 1881 de 2018. Artículo 6. La demanda deberá presentarse dentro del término de cinco (5) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, so pena de que opere la caducidad.

²⁷ Ley 1881 de 2018. Artículo 21. Para la impugnación de autos y en los demás aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁸ Código General del Proceso. Artículo. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. (...).

partido, así como por la votación favorable a los proyectos impulsados por éste y el presunto desconocimiento de las directrices del “*acuerdo de coalición*” de 9 de diciembre de 2017.

Para resolver el anterior problema, la Sala debe analizar los siguientes asuntos: 1) la pérdida de investidura en general, 2) el alcance de la causal invocada de vulneración del régimen de conflicto de intereses *-de carácter moral-*, y 3) el análisis del caso concreto de conformidad con los cargos del recurso de apelación.

2.3 De la pérdida de investidura en general

La pérdida de investidura²⁹ fue consagrada en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política de 1991, fijando directamente las causales para su procedencia y dejando en cabeza del Consejo de Estado su resolución. 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 constitucional³⁰.

Esta Corporación, una vez entró a regir la Constitución de 1991, se abstuvo de conocer de los procesos que se presentaron en ejercicio de la acción de pérdida de 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 vinculante sin necesidad de la intermediación del Congreso de la República, se requería de la regulación legal para su efectividad, sin embargo con la expedición de la Ley 144 de 1994 “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas*”, hoy derogada por la Ley 1881 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*”, se dio inicio al conocimiento de estos procesos.

²⁹ El primer referente normativo que se tuvo de la acción de 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 justificación plenarias sin justificación. El conocimiento de la 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 Corte Suprema de Justicia la declaró inexecutable.

³⁰ En los artículos 109 y 110 de la Constitución se fijan hechos o circunstancias diversas a las contempladas en el 183 como causales para la procedencia de la pérdida de la investidura.

Ahora bien, el hecho de que existan de forma positivizada las conductas objeto de reproche, impide que el juez de la pérdida de investidura pueda hacer juicios por causas diferentes a las establecidas en la Constitución, toda vez que la determinación de estas situaciones de hecho³¹ las hizo el Constituyente en el momento en que decidió plasmar las que consideró lesivas de la dignidad y del principio de representación en que se funda la democracia; por ello el juez de la pérdida de investidura, debe determinar si el demandado, con su actuar lesionó la dignidad del cargo que ostenta y el principio de representación, únicamente a partir del análisis de unas específicas causales, las cuales imponen deberes y restricciones comportamentales a los aspirantes (inhabilidades) y a los integrantes (incompatibilidades y otras prohibiciones) de las corporaciones de elección popular.

De acuerdo con la Constitución, las normas *-antes mencionadas-* así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional³² y del Consejo de Estado, la pérdida de investidura *-en especial para los congresistas-* presenta las siguientes características: **i)** es una acción pública³³; **ii)** su objeto general, es rescatar la legitimidad del Congreso de la República; **iii)** su finalidad específica, es sancionar conductas contrarias a la transparencia, la probidad y la imparcialidad de los congresistas; **iv)** sus causales, consagran un código taxativo de conducta previsto exclusivamente en la Constitución Política; **v)** implica responsabilidad³⁴ de naturaleza sancionatoria³⁵, por lo cual se trata de un verdadero juicio que puede culminar con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional o de tipo punitivo especial³⁶; en consecuencia hace parte de las disciplinas jurídicas del *Ius Puniendi*; **vi)** no contempla gradación alguna frente a las conductas ni frente a las sanciones, de manera que todas las causales son lo suficientemente graves para

³¹ Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia de 31 de julio de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia Rad. 2007-00244-02.

³² Corte Constitucional, sentencia C-254A/12.

³³ Tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede interponerla, amén 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.

³⁴ Es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, pues implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro.

³⁵ De características especiales que la distinguen de otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, así como también, de los procesos penales, electorales, de responsabilidad fiscal, e incluso del proceso disciplinario realizado por la administración pública.

³⁶ La sanción no es redimible. El Constituyente instituyó un castigo que no es redimible y, por lo tanto, perenne, pese a que uno de los principios axiales de la misma Constitución es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 constitucional. Esta aparente antinomia se justifica porque la pérdida de investidura busca amparar y hacer prevalecer el principio democrático, que identifica y define al Estado Colombiano, artículo 1.

imponer la sanción consistente en la pérdida definitiva del derecho a continuar ostentando la investidura y a volver a ser elegido congresista³⁷.

Además, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018³⁸, aplicable al presente asunto, *“el proceso de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetivo”*, lo cual implica que no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que, además de ello, es necesario que las acciones u omisiones constitutivas de la falta puedan atribuirse a título de dolo o culpa.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 424 de 2016³⁹ se refirió a la naturaleza sancionatoria de los juicios de pérdida de investidura y a la necesidad de realizar un examen de culpabilidad previo a determinar la imposición de la sanción, esto en sustento de la prohibición de responsabilidad objetiva establecida en el ordenamiento jurídico colombiano.

³⁷ Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó: "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 congresista".

³⁸ Ley 1881 de 2018. 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. Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

³⁹ Sobre el particular el alto Tribunal Constitucional dispuso: *“La pérdida de investidura es una acción pública³⁹, que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados, y permite imponer como sanción no solo la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, sino también la imposibilidad futura de volver a ocupar un cargo de la misma naturaleza, si éste llega a incurrir en alguna de las causales de procedencia de la figura señaladas en la Carta Política. Son causales de pérdida de investidura³⁹: el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades³⁹; la indebida destinación de dineros públicos³⁹; el conflicto de intereses³⁹ y el tráfico de influencias debidamente comprobado³⁹. La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable. 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 situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.”*

2.4. Alcance de la causal invocada. Violación del régimen de conflicto de intereses. Constitución Política, artículos 183 (numeral 1) y 182-

La Constitución Política, artículo 183 numeral 1, consagra la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades⁴⁰, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

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

(...)”.

A su vez el artículo 182 ídem, señala la obligación de los congresistas de poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración y difiere a la ley los demás temas relacionados con los conflictos de intereses y las recusaciones.

“ARTÍCULO 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.”.

Para un adecuado entendimiento del marco constitucional de la causal de pérdida de investidura referida al conflicto de intereses (Constitución Política, arts. 183 -numeral 1- y 182), ésta debe observarse y armonizarse con el artículo 185 ídem, el cual garantiza la inviolabilidad del congresista por las opiniones y los votos que expresa con ocasión de su labor legislativa.

⁴⁰ De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado -en especial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Quinta- y de la Corte Constitucional, las inhabilidades constituyen una limitación para ejercer el derecho a ser elegido y acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, que se encuentran sustentada en la protección principios generales del derecho como la primacía del interés general sobre el particular, igualdad, moralidad, transparencia e imparcialidad de la función pública. Puede verse sobre el concepto de inhabilidad: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 31 de julio de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia Rad. 2007-00244-02; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 21 de abril de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Rad. 2007-00581(PI), y Corte Constitucional, sentencias C-558 de 1994 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) y C-903 de 2008. (M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería).

ARTÍCULO 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Una interpretación sistemática de las disposiciones previamente transcritas, permite establecer que: a) si bien la figura del conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura tiene sustento constitucional (C. Polt, arts. 183 -numeral 1- y 182), la concreción o determinación de los supuestos que se enmarcan en ella le corresponde definirlos al legislador por encargo que le hizo el constituyente (C. Polt, art. 182 inciso final) y b) el congresista tiene inmunidad –*la cual no es absoluta*- sobre sus expresiones y decisiones en nombre del pueblo en relación con los distintos temas que le compete resolver al Congreso, pero también le está prohibido –*a manera de límite de la inmunidad parlamentaria*-, entre otros asuntos evidentes, como la comisión de delitos y faltas disciplinarias, encubrir los intereses personales en las decisiones que le competen al Congreso, en otras palabras, está obligado a hacer a un lado su interés particular en determinados temas o decisiones, para no confundirlo con el general, y evitar que se desdibuje el mandato político que le han encomendado y la mencionada inmunidad.

En ejercicio del referido mandato constitucional –*Constitución Política, artículo 182, inciso final*-, el legislador expidió la Ley 5 de 1992, la cual en los artículos 286 a 295, –*vigentes para la época de los hechos por los que se acusa al demandado*⁴¹-, reguló de forma general el régimen de conflicto de intereses de los congresistas, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

ARTÍCULO 287. REGISTRO DE INTERESES PRIVADOS. En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información relacionada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.

⁴¹ Debe señalarse que los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Ley 2003 de 19 de noviembre de 2019, modificaron los artículos 286, 287, 291 y 294 de la Ley 5 de 1992 –*Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*-, sin embargo esta modificación no es aplicable al presente asunto, por ser posterior a la ocurrencia de los hechos como a la presentación de la demanda de pérdida de investidura, y en la medida en que estas nuevas disposiciones no contienen elemento alguno que resulte más favorable al demandado.

ARTÍCULO 288. TÉRMINO DE INSCRIPCIÓN. Los Congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.

ARTÍCULO 289. PUBLICIDAD DEL REGISTRO. El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la Gaceta del Congreso.

ARTÍCULO 290. MODIFICACIÓN DEL REGISTRO. El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.

ARTÍCULO 291. DECLARACIÓN DE IMPEDIMENTO. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.

ARTÍCULO 292. COMUNICACIÓN DEL IMPEDIMENTO. Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.

ARTÍCULO 293. EFECTO DEL IMPEDIMENTO. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista. La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del parágrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista. El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

ARTÍCULO 294. RECUSACIÓN. Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la respectiva corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada. La decisión será de obligatorio cumplimiento.

ARTÍCULO 295. EFECTO DE LA RECUSACIÓN. Similar al del impedimento en el artículo 293.

Del mismo modo, la Ley 1881 de 2018, en el artículo 18 – *vigente para la época de los hechos por los que se acusa al demandado*⁴²-, se refirió al conflicto de intereses así:

ARTÍCULO 18. CONFLICTO DE INTERESES. Los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, para que decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.

⁴² Debe señalarse que el artículo 6 de la Ley 2003 de 19 de noviembre de 2019, derogó el artículo 18 de la Ley 1881 de 2018, sin embargo esta derogatoria no es aplicable al presente asunto por ser posterior a la ocurrencia de los hechos por los que se acusa al demandado y a la presentación de la demanda de pérdida de investidura.

Las disposiciones contenidas en las Leyes 5 de 1992 y 1881 de 2018 citadas anteriormente *-expedidas por mandato del artículo 182 constitucional y vigentes para la época de ocurrencia de los hechos-*, son las que para el presente caso han de gobernar el contenido del conflicto de interés y el consecuencial deber que se le impone al congresista para declararse impedido cuando se encuentre en alguna de las situaciones previstas en las disposiciones de rango constitucional y legal, y la sanción por su violación, cuando teniendo interés directo en una decisión que debe tomar la Corporación a la cual pertenece, porque lo afecte de alguna manera, no lo exprese mediante la declaración de un impedimento.

A partir de las normas previamente mencionadas (*C. Polt. Arts. 183 –numeral 1-, 182 y 185, y Leyes 5 de 1992 –art. 286 a 296- y 1881 de 2018 –art. 18-*), la jurisprudencia reiterada de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado⁴³ *-en sede de pérdida de investidura de congresistas-* ha señalado los requisitos concurrentes que necesariamente deben estar acreditados para la estructuración de la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, así:

“(i) La calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República”.⁴⁴

En cuanto al segundo de los mencionados elementos de la causal de pérdida de investidura en comento, esto es “(ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo

⁴³ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de octubre de 2000, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, No. Rad. AC- 11116, C.P. Mario Alario Méndez; Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Sección Primera, Rad. No. 2012-01771-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sentencia del 2 de junio de 2016, Sección Primera, Rad. No. 2015-00177, C.P. María Claudia Rojas Lasso; Sentencia del 9 de noviembre de 2016, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 2015-01333, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia del 1 de febrero de 2018, Sección Primera, No. Rad. 2019-02830, C.P. Oswaldo Giraldo López; Sentencia del 5 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 2018-00320, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia del 18 de febrero de 2019, *Sala Especial* de Decisión No. 12, Rad. No. 2018-03779, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴⁴ Ver entre otras: 1). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión 16. Expediente 11001-03-15-000-2016-02279-00(PI). Providencia del 6 de junio de 2017. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 2) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión 6. Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 16 de julio 2019. Referencia: Pérdida de Investidura. Radicación: 11001-03-15-000-2019-02830-00. Demandante: Andrés Zalamea. Demandado: Álvaro Uribe Vélez.

cercano”, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que se estructura cuando se observa: a) la existencia de un interés particular –*de cualquier orden, incluso moral*- del congresista en la deliberación o decisión de un tema específico a cargo del Congreso; b) que efectivamente participe en la deliberación o decisión de ese tema en específico; c) que ese interés sea directo, no eventual o hipotético; d) que además el interés sea actual, y e) que el beneficio recibido no sea general sino particular.

Así las cosas, es válido concluir que, la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de conflicto de intereses se presenta cuando el congresista tiene interés directo en el asunto que se encuentra conociendo porque el mismo le afecta en forma personal, a alguno de sus parientes en los grados indicados en la norma o, a sus socios, y plantea un enfrentamiento entre su interés personal y el interés general que debe guiar el ejercicio de sus funciones, lo que obliga a que aquel deba manifestar su impedimento para efectos de que este sea resuelto so pena de incurrir en la causal de pérdida de investidura; en ese orden el conflicto de intereses es un concepto jurídico indeterminado y, debido a ello, será el juez el que decida, en el caso concreto, si existe fundamento suficiente para la desinvestidura solicitada.

2.5. Análisis del caso concreto de conformidad con los cargos del recurso de apelación

La Sala a continuación procederá evaluar, en atención a los argumentos del recurso de apelación y con las pruebas que obran en el expediente, si en el presente caso están acreditados los requisitos concurrentes, decantados por la jurisprudencia de esta corporación –*señalados en el acápite previo de esta providencia*-, con los cuales se configura la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de conflicto de intereses.

- Análisis del requisito: (i) La calidad de congresista –*elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura*-

La Sala observa que, tal y como fue señalado en el acápite de “*Presupuestos procesales, competencia, legitimación en la causa y oportunidad de la solicitud*” de esta providencia, el señor Jonatán Tamayo Pérez fue elegido senador de la república –*el 11 de marzo de*

2018- (Resolución 1596 del 19 de julio de 2018 del Consejo Nacional Electoral)⁴⁵ y tomó posesión –el 20 de julio de 2018-, en consecuencia está acreditada su calidad de congresista, como primer requisito concurrente de la pérdida investidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

- Análisis de los requisitos: (iii) La no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) Haber conformado el quorum o participado en el debate o votación del asunto –sobre el cual no se declaró impedido ni fue recusado-, y (v) La participación en un asunto de conocimiento funcional de cualquiera naturaleza

Toda vez que los requisitos de la causal invocada referidos a la “falta de manifestación de impedimento o de recusación”, la “participación en el debate o votación” y la “participación en razón del conocimiento funcional” tienen como elemento común el conocimiento de un “asunto” propio del quehacer legislativo, la Sala a fin de evitar repeticiones innecesarias los analizará en conjunto.

Los apelantes, tanto en el escrito de demanda como en el recurso de apelación, refieren que el demandado asumió posturas contrarias a las de la coalición de la lista de decentes –configurando según criterio de los apelantes la causal violación del régimen de conflicto de intereses-, en los siguientes asuntos:

1) Votación de la plancha de coalición del gobierno, para la Mesa Directiva del Senado de la República;

2) Votación del proyecto de acto legislativo de reforma política y electoral –29 oct/2018-⁴⁶;

3) Votación del proyecto de la ley general de regalías –5 dic/2018-⁴⁷;

⁴⁵ Folios 67 a 74, Anexo. Copia de la Resolución 1596 del 19 de julio de 2018 “por medio de la cual declara la elección del Senado de la República, se asignan unas curules para el período 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”.

⁴⁶ Proyecto de Acto Legislativo 08 de 2018 de Senado, acumulado Acto Legislativo 09 de 2018 "Por el cual se adopta una reforma política y electoral y se dictan otras disposiciones". Ver Gaceta 594 de 2018 –contiene exposición de motivos del proyecto- y Gaceta 99 de 2019 -Página 65-.

⁴⁷ Proyecto de Ley 167 de 2018 del Senado - 182 de 2018 de Cámara "Por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020". Ver Gaceta 788 de 2018 –contiene exposición de motivos del proyecto- y Gaceta 497 de 2019 -53 Página 74-.

4) Votación del proyecto de segunda vuelta para la elección de alcalde del distrito capital de Bogotá -16 dic/2018-⁴⁸;

5) Votación del proyecto de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional -18 dic/2018-⁴⁹;

6) Votación del Plan Nacional de Desarrollo -2 may/2019-⁵⁰ y,

7) Haber aceptado la designación para la comisión accidental del estudio de las objeciones presidenciales al proyecto de reforma estatutaria para la creación de la Justicia Especial para la Paz (JEP) -11 mar/2019-⁵¹.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, en especial los informes sobre votación de proyectos de ley y de actos legislativos SGE-CS-0725-2019 de 6 de marzo de 2019⁵² y SGE-CS-1788-2019 de 18 de junio de 2019⁵³ expedidos por el secretario general del Senado de la República así como las gacetas⁵⁴ de esa corporación N^{os} 594, 785, 788, 786, 821, 822, 837, 850, 872, 902, 918, 933, 961, 962 y 963 de 2018 y N^{os} 99, 135 y 497 de 2019, en las cuales constan los registros de asistencia, participación y escrutinio de los asuntos antes referidos, se puede concluir que el demandado *-salvo para elección de la Mesa Directiva del Senado de la República, de lo que no obra prueba en el expediente que permita corroborar la acusación-*, no manifestó impedimento ni fue recusado, participó y votó los referidos proyectos lo cual estaba dentro del ámbito de sus funciones, por lo tanto, se encuentran acreditados los requisitos (iii), (iv) y (v) previamente enunciados, de la causal de pérdida de investidura bajo análisis.

⁴⁸ Proyecto de Acto Legislativo 25 de 2018 de Senado- 044 de Cámara "Por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección del Alcalde mayor". Ver Gaceta 850 de 2018 –contiene exposición de motivos- e Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 153 a 173, C1.

⁴⁹ Proyecto de Ley 197 de Senado - 240 de Cámara "Por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones". Ver Gaceta 933 de 2018 –contiene exposición de motivos- e Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 153 a 173, C1.

⁵⁰ Proyecto de Ley 277 de 2019 Senado - 311 Cámara "por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, pacto por la equidad". Ver Gaceta 135 de 2019 – contiene exposición de motivos- e Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 153 a 173, C1.

⁵¹ Aceptación de la designación de la Mesa Directiva del Senado de la República para conformar la Comisión accidental sobre las objeciones presidenciales a la Jurisdicción Especial Para la Paz", en la cual el senador demandado rindió informe acogiendo las 6 objeciones presidenciales y votó negativo el informe que las rechazaba. Ver Informe de ponencia a la objeciones presidenciales presentadas al Proyecto de Ley 008 de 2017, Senado de la República. Folio 165-240, Anexo.

⁵² Folio 162 C1.

⁵³ Folio 153 C1.

⁵⁴ Folio 174 C1 –CD-.

- Análisis del requisito: (ii) La configuración de un interés directo, particular y actual o inmediato –de carácter moral- en cabeza del congresista o su círculo cercano, que pugne con el interés general

A continuación la Sala, en el marco de las normas constitucionales (Constitución Política, artículos 183 –*numeral 1-*, 182, 183 y 185) y legales (Ley 5 de 1992 -*artículos 286 a 295-* y Ley 1881 de 2018 -*artículo 18-*) así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado debe determinar si las acusaciones de los apelantes dan lugar a la configuración de un conflicto de intereses de carácter moral, esto es si en las actuaciones del demandado, sobre las cuales jurídicamente pueda recaer este tipo de conflictos, se acreditó algún interés personal o de sus allegados que pugne con el interés general y que lo haya inducido a participar o votar en el sentido en que lo hizo, para obtener beneficios o provechos indebidos dignos de reproche.

Los apelantes en la alzada, sustentan su inconformidad con la sentencia de primera instancia, en un supuesto desconocimiento de la fuerza vinculante y suprapartidista constitucional del *acuerdo de coalición* que impedía a sus partidos y senadores actuar en contra de éste, bien sea mediante declaraciones públicas indecorosas, afirmaciones de simpatía con el gobierno y/o la votación en beneficio propio de proyectos de ley y actos legislativos que no reflejen el criterio político de la lista de los decentes.

- **Sobre la acusación de desconocimiento del carácter vinculante y suprapartidista del acuerdo de coalición de la lista de los decentes**

Para analizar el argumento planteado por los apelantes en relación con el carácter vinculante y suprapartidista del acuerdo de coalición de la lista de los decentes, la Sala debe realizar un recuento de la normatividad vigente para la fecha de su suscripción -9 de diciembre de 2017-, en consecuencia se observa que:

De conformidad con el artículo 13⁵⁵ de la Ley 130 de 1994, los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones deben determinar previamente la forma

⁵⁵ Ley 130 de 1994. ARTÍCULO 13.—Financiación de las campañas. El Estado contribuirá a la financiación de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos, lo mismo que las de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que postulan candidatos de conformidad con las siguientes reglas:

a) En las campañas para presidente, se repondrán los gastos a razón de cuatrocientos pesos (\$ 400), por la primera vuelta y doscientos pesos (\$ 200) por la segunda vuelta, por cada voto válido depositado por el candidato o candidatos inscritos. No tendrán derecho a la reposición de los gastos cuando su candidato hubiere obtenido menos del cinco por ciento (5%) de los votos válidos

de distribución de los aportes estatales a la campaña so pena de perder el derecho a la reposición de gastos y, en atención a la Ley 974 de 2005 *-por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas-*, únicamente los integrantes de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos, constituyen una bancada en la respectiva cámara.

De acuerdo con las normas antes mencionadas, las coaliciones solo estaban reguladas en cuanto a la reposición de gastos de la campaña electoral, por lo tanto no les era aplicable el régimen de bancadas dispuesto para los partidos, movimientos sociales o grupo significativo de ciudadanos.

Por otra parte el Acto Legislativo de 01 de 2009⁵⁶ *-que modificó el artículo 107 de la Constitución Política-* señaló que todos los ciudadanos tienen derecho a fundar, organizar

en la elección; b) En las campañas para Congreso de la República, se repondrán los gastos a razón de cuatrocientos pesos (\$ 400), por cada voto válido depositado por la lista o listas de los candidatos inscritos; c) En el caso de las elecciones de alcaldes y concejales se repondrán a razón de ciento cincuenta pesos (\$ 150) por voto válido depositado por la lista o lista de los candidatos inscritos. En el caso de las elecciones de gobernadores y diputados, se reconocerán los gastos a razón de doscientos cincuenta pesos (\$ 250) por voto válido depositado por los candidatos o listas debidamente inscritos, y d) Los municipios y distritos contribuirán a la financiación de la elección de las juntas administradoras locales, su monto será determinado por el respectivo concejo municipal. No tendrá derecho a la reposición de los gastos cuando su lista hubiere obtenido menos de la tercera parte de los votos depositados por la lista que haya alcanzado curul con el menor residuo. En el caso de las alcaldías y gobernaciones, no tendrá derecho a reposición de gastos el candidato que hubiere obtenido menos del 5% de los votos válidos en la elección. La reposición de gastos de campañas sólo podrá hacerse a través de los partidos, movimientos u organizaciones adscritas, y a los grupos o movimientos sociales, según el caso, excepto cuando se trate de candidatos independientes o respaldados por movimientos sin personería jurídica, en cuyo evento la partida correspondiente le será entregada al candidato o a la persona natural o jurídica que él designe. Los partidos y movimientos políticos distribuirán los aportes estatales entre los candidatos inscritos y el partido o movimiento, de conformidad con lo establecido en sus estatutos. Los partidos y movimientos que concurran a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos.

⁵⁶ Acto Legislativo de 01 de 2009. Artículo 1°. El artículo 107 de la Constitución Política quedará así: Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica. Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley. En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio. Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas. Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual

o desarrollar partidos y movimientos políticos, así como a afiliarse o retirarse *-sin que puedan pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político-*, y tienen autorizado tomar decisiones para la escogencia de candidatos propios o por coalición de acuerdo con sus estatutos y la ley.

En atención a lo anterior, el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 reguló la inscripción de candidatos por coalición únicamente para cargos uninominales y el Acto Legislativo 02 de 2015 *–que modificó el artículo 262 de la Constitución Política-*, permitió que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, presenten listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁷, en relación con las coaliciones para corporaciones públicas señaló que aunque no existía una regulación específica *–dado que la Ley 1475 de 2011 solo aplica a la inscripción de candidatos por coalición para cargos uninominales-* resultaba aplicable de manera directa el artículo 262 de la Constitución Política únicamente en cuanto al derecho de los partidos y movimientos

se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad. Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente. Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo. Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley. También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos. Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. Parágrafo transitorio 1°. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorízase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia. Parágrafo transitorio 2°. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1° de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo. El Proyecto tendrá mensaje de urgencia y sesiones conjuntas y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

⁵⁷ Ver Consejo de Estado: 1) Sentencia de 13 de diciembre de 2018, CP: Rocío Araujo Oñate. Exp.11001-03-28-000-2018-00019-00, y 2) Sentencia de 2 de mayo de 2019, CP: Lucy Jeannette Bermúdez. Exp. 11001 03 28 000 2018 00129 00 acumulado 11001-03-28-000-2018-00132-00.

políticos a presentar una lista de candidatos en coalición, sin que le fueran pertinentes las regulaciones, obligaciones y sanciones señaladas en la mencionada ley.

En conclusión, para la fecha de suscripción del acuerdo⁵⁸, la normativa legal no incluía la posibilidad de que las coaliciones se asimilaran a las organizaciones políticas con personería jurídica –*partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos*- ni existía norma expresa que estableciera su carácter vinculante o sanción alguna –*menos aun la pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses*- para los integrantes que se apartaran de sus criterios políticos.

En ese sentido, no era dable entender –*para la fecha suscripción del acuerdo*- que las coaliciones políticas estuvieran jurídicamente habilitadas para ejercer los derechos de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, tales como la declaración política –*oposición, independiente y de gobierno*- o la posibilidad de constituir bancadas⁵⁹.

Ahora bien, la Sala debe señalar que más allá de la discusión sobre el carácter vinculante de los acuerdos de coalición, el desconocimiento de éstos por parte de sus partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos –*o el desconocimiento por parte de los miembros que resultaron elegidos*- no implica por sí solo la configuración de un conflicto de intereses que conlleve a la sanción de pérdida de investidura, pues este, tal y como se expuso en acápite precedente de esta providencia, debe darse dentro del ejercicio de las funciones congresales a través de la participación o votación de algún asunto donde el congresista haga primar su interés personal sobre el general para la obtención de un beneficio o provecho particular.

- **Sobre la acusación referida a las manifestaciones públicas indecorosas del demandado en contra de los partidos que hacen parte del acuerdo de coalición y las afirmaciones de simpatía con el gobierno y su partido**

Si bien en el expediente obran pruebas que acreditan la existencia de declaraciones del demandado en contra de la lista de coalición de los decentes y a favor de las políticas del gobierno y del partido de gobierno –*CD con la entrevista en la W de Jonatán Tamayo con Vicky Dávila y CD con la manifestación de Jonatán Tamayo sobre la coalición lista de la*

⁵⁸ La fecha de suscripción del acuerdo fue el 9 de diciembre de 2017.

⁵⁹ Debe señalar la Sala que el carácter vinculante los acuerdos de coalición para candidatos a corporaciones de elección popular solo vino a estructurarse a través de la Resolución 2151 del 5 de junio de 2019 del Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se dictan algunas medidas operativas para la implementación de las listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

*decencia (ASI, UP, MAIS)*⁶⁰-, estas acusaciones son ajenas a los elementos jurídicos que regulan la causal de pérdida investidura por violación del régimen de conflicto de intereses, en la medida en que no hacen alusión a situaciones relacionadas con el debate y decisión de asuntos propios de la actividad congresal.

- **Sobre la acusación de votación de proyectos de ley y actos legislativos en contra del criterio político de la coalición “lista de decentes” y en favor del gobierno, en beneficio propio -para obtener la vicepresidencia de una comisión apoyado por el Centro Democrático y los partidos de gobierno-**

La Sala observa que, en relación con los asuntos propios de la actividad congresal, en los cuales participó y votó el demandado, a los que hacen alusión los demandantes-apelantes, esto es: 1) votación para la Mesa Directiva del Senado de la República, 2) votación del proyecto de acto legislativo de reforma política y electoral, 3) votación del proyecto de la ley general de regalías, 4) votación del proyecto de segunda vuelta para la elección de alcalde del distrito capital de Bogotá, 5) votación del proyecto de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional, 6) votación del plan nacional de desarrollo y 7) aceptación de la designación para la comisión accidental del estudio de las objeciones presidenciales al proyecto de reforma estatutaria para la creación de la Justicia Especial para la Paz (JEP); no obra prueba que permita establecer un interés particular del senador acusado que pugne con el interés general, a efectos de llevarlo a participar o votar en el sentido en que lo hizo, ni prueba de la obtención de beneficio o provecho indebido alguno.

Sobre este punto debe resaltarse que, en el expediente obran: 1) las declaraciones de los senadores Gustavo Bolívar Moreno y Aída Avella Esquivel, en las cuales se señaló que el senador demandado actuó en contra de la *“bancada de la coalición”* y que, suponen que aquel alcanzó *“la vicepresidencia en la comisión sexta o quinta, apoyado por el Centro Democrático y los partidos de gobierno”*, así como 2) artículos de prensa de: a) la Revista Semana titulado *“ASI se declara independiente, pero “manguito” va a seguir apoyando al gobierno”*⁶¹, b) el Diario Las 2 Orillas titulado *“El senador decente” que votó por Duque: se embolata la oposición en la Colombia Humana*⁶², c) La Silla Vacía titulado *“A “Manguito” y*

⁶⁰ Cuaderno Anexo, folio 40.

⁶¹ Folios 102 a 104, Anexo.

⁶² Folios 105 a 110, Anexo.

a *“Mariachi” les sonó la flauta con Duque*⁶³, y d) El Espectador titulado *“Manguito, un senador de la derecha en la Lista de la Decencia de Petro”*⁶⁴.

Un análisis conjunto de las referidas pruebas, no permite develar un interés particular del demandado en los asuntos cuestionados ni establecer cuál fue el supuesto provecho particular, real y actual que en su momento tuvo el congresista *-o las personas de su entorno familiar o sus socios-*, al votar afirmativamente las iniciativas legislativas aludidas, pues las declaraciones mencionadas no son concluyentes⁶⁵ y las documentales de prensa solo permiten establecer que un hecho se registró, sin que pueda tenerse como prueba de lo que en ellas se señala.

En el caso concreto, la falta de acreditación por parte de los demandantes-apelantes de un interés particular del demandado ajeno al interés general *–reflejado en el interés de sus electores-* que debe guiar el ejercicio de las funciones del cargo, resulta más evidente si se tiene presente que éste fue consecuente con la posición política esgrimida por el partido ASI al cual pertenece *–y que le dio el aval en su aspiración al senado de la república-*, pues aquel en un primer momento se declaró de gobierno *–Acta de 10 de agosto de 2018 del Comité Ejecutivo Nacional Ordinario del Partido ASI-*⁶⁶ y posteriormente se declaró independiente *–Acta de sesión extraordinaria de 18 y 19 de enero de 2019 del Comité Ejecutivo Nacional Ordinario del Partido ASI-*⁶⁷, de manera que el senador acusado no estaba obligado a hacer oposición al gobierno sino que podía libremente apoyar sus iniciativas *-proyecto de ley, de acto legislativo y objeciones presidenciales-*.

Igualmente, se observa que la acusación, según la cual el senador demandado apoyó con su voto la plancha de la coalición de gobierno a la Mesa Directiva del Senado de la República *-en contraposición a la decisión de la coalición-*, no está demostrada, dado que no se aportó al proceso prueba alguna que permita verificar dicha votación ni un interés particular con el que buscara algún beneficio o provecho propio.

⁶³ Folios 111 a 113, Anexo.

⁶⁴ Folios 114 a 119, Anexo.

⁶⁵ Toda vez que, de las declaraciones de los demandantes rendidas en el proceso de pérdida de investidura, en las cuales señalan que “suponen” la existencia de un interés del senador demandado de hacerse elegir vicepresidente de una comisión del congreso con los votos de los partidos gobiernistas a cambio de desconocer las directrices de la coalición y votar a favor los proyectos del gobierno, se desprende que el referido interés es simplemente hipotético e incierto.

⁶⁶ Folios 130 — 143, C 1.

⁶⁷ Folios 134 a 143 cuaderno 1.

En atención a las consideraciones precedentes, la Sala concluye que las acusaciones de los apelantes referidas a la configuración de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses no se encuentran objetivamente acreditadas en el expediente, siendo por tanto improcedente un análisis subjetivo; en consecuencia, es necesario confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

1. CONFIRMAR la sentencia de 25 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Novena Especial de Decisión del Consejo de Estado, que denegó la solicitud de pérdida de investidura del congresista Jonatán Tamayo Pérez.

2. COMUNICAR esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio de Interior para lo de su cargo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1881 de 2018.

3. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, archívese el expediente.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

NICOLÁS YEPES CORRALES

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

MARÍA ADRIANA MARÍN

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

MILTON CHAVES GARCÍA

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN