

**PERDIDA DE INVESTIDURA – Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades / CAUSAL DE INCOMPATIBILIDAD – Ejercicio simultáneo de la actividad de congresista con la gestión y celebración de contratos / EJERCICIO SIMULTANEO DE LA ACTIVIDAD DE CONGRESISTA CON LA GESTIÓN Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS – Finalidad de esta causal de incompatibilidad**

Para la Sala no cabe duda alguna que, si bien el demandante enuncia el comportamiento del Congresista demandado como una inhabilidad, lo cierto es que la conducta contenida en el numeral 2º del artículo 180 de la Constitución Política alude a una causal de incompatibilidad. Es más, en todo el relato realizado por la parte actora en el libelo, se encuadra el comportamiento del señor Héctor Julio Alfonso López en el ejercicio simultáneo de su actividad de congresista con la gestión y celebración de un contrato con la empresa EMCOAZAR por lo que no existe hesitación respecto a la violación endilgada que genera la pérdida de investidura del Senador demandado. Ha de recordarse que probatoriamente esta causal se sustenta en tres pilares: a) sujeto activo sobre el que recae la incompatibilidad, es decir, que el demandado sea congresista; b) la conducta constitutiva del hecho impeditivo, prohibitivo o incompatible consistente: b.1) o bien en la gestión de asuntos o negocios en beneficio propio o ajeno b.2) o bien en la celebración de contrato. Ambas conductas encuentran al otro lado de las tratativas negociales o de la relación contractual a b.3) entidades públicas o personas que administran tributos y c) el factor temporal, en tanto al tratarse de una incompatibilidad debe ser concurrente con su labor congresal, en suma, entre el momento de su elección hasta el fin de su desempeño como congresista. (...) Considera el actor que, en su condición simultánea de Senador de la República y socio de las empresas UNICAT S.A. y APOSUCRE S.A., el señor Héctor Julio Alfonso López infringió la norma citada porque transgredió la prohibición señalada en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política, que literalmente expresa: “... Los Congresistas no podrán.... 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La Ley establecerá las excepciones a esta disposición.” (...) La finalidad de la incompatibilidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al Congresista de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tenga acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos. (...) La incompatibilidad endilgada del numeral 2º del artículo 180 constitucional contiene varios supuestos de conductas a saber: “gestionar”, “ser apoderado” y “celebrar contratos con entidades públicas”, siendo esta última en la cual se estructura la demanda incoada por el señor Rafael María Merchán Álvarez, por cuanto el demandado intervino por interpuesta persona en la gestión previa a la contratación, como fue el proceso de licitación para la concesión en la explotación del juego de apuestas permanentes “chance” en todo el Departamento de Sucre. (...) Así las cosas, no solo la norma constitucional (art. 180 num. 3) que consagra la incompatibilidad que apoya la presente solicitud de pérdida de investidura consistente en intervenir en la celebración de contratos ante las entidades públicas, no cualifica en materia societaria si es mayor o menor o exigua la participación accionaria, desde el punto de la aplicación armónica de las normas tampoco la regulación mercantil y societaria en materia del control de la sociedad ni del poder decisorio ni de la subordinación societaria es indispensable ni indefectible hacer valoración de si la participación es mayor o menor, precisamente porque el capital en un porcentaje mayor al 50% es solo una de las

posibilidades, pero no la única, para entender que se está frente a alguna injerencia de sus integrantes en los destinos de la sociedad. De tal suerte que el mayor o menor control que pueda ejercerse sobre una sociedad, debe analizarse conforme a las probanzas que figuren en cada proceso y para cada caso en particular. (...) En el caso concreto, resulta claro que el ahora demandado, mientras fungió como Senador de la República, hacía parte y era socio de la empresa Aposucre S.A. tanto de manera directa, como de forma indirecta a través de su participación en 255.000 acciones en la sociedad Unicat (correspondientes al 8,5%) que era socia a su vez de la primera y según quedó esbozado por el representante legal en una de sus Asambleas Extraordinarias la empresa en mención ha sido sustentada en el esfuerzo de la familia Alfonso López y es claro que en ambas entidades societarias siempre hay más de una persona que coincide en los apellidos, ello para evitar, pues es inane, el ingresar a la discusión de las pruebas de las relaciones de parentesco, pues como ya se vio el control de una sociedad tiene muchas y diversas formas de surgir. (...) El ahora demandado Héctor Julio Alfonso López tanto por su participación en la sociedad Aposucre S.A. como en la empresa Unicat S.A., intervino activamente y manifestó su voluntad en la configuración del contrato que posteriormente se suscribiría con la empresa EMCOAZAR para la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar del Departamento de Sucre y en las certificaciones de movimientos accionarios están vendiendo y comprando sus participaciones, al parecer, a personas cercanas familiarmente. Si bien tanto en la asamblea de accionistas de la sociedad Aposucre S.A. celebrada el 24 de julio de 2013 como en el registro de traspaso de acciones se evidencia que el demandado vendió su participación accionaria en tal empresa, así como igual operación realizó sobre sus acciones en la sociedad Unicat S.A. el día 29 de julio del mismo año, lo cierto es que los movimientos accionarios tan solo acontecieron pocos días antes de suscribirse el contrato LP-EMC- 001 de 2013 con la empresa EMCOAZAR, pero mucho tiempo después de haber obtenido su curul senatorial (18 de julio de 2010), olvidando que, la gestión y actividad previa del Senador demandando fue efectiva, evidente y pública en aras de suscribir el contrato para la explotación de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Sucre, al participar, sin que sea claro si por intermedio de su apoderada o no, en la autorización plena y unánime del representante legal de Aposucre S.A. para realizar el negocio jurídico con EMCOAZAR, transgrediendo la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 180 constitucional. Como se advirtió en precedencia, para la jurisprudencia de la Corporación lo importante no es la suscripción y mucho menos la ejecución del contrato sino, que siendo Congresista, 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 pre contractuales encaminadas indiscutiblemente a la firma de un acuerdo.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 180 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 282

#### **SUBORDINACION SOCIETARIA – Concepto / SUBORDINACION SOCIETARIA – Presunción**

El tema de la subordinación en el derecho mercantil societario ha cobrado fuerza debido a que se requiere levantar el velo que permite aparentar que socios minoritarios carecen de posibilidad de decisión, cuando en realidad se advierte que logran controlar a la entidad directamente o con el concurso de otros. La figura, se regula bajo lo siguiente: “Artículo 260. Subordinación. Subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras

personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria (...)" Conceptualmente el asunto radica en el dominio o poder de decisión, en el que el legislador se ha visto en la necesidad de consagrar presunciones de hecho, desvirtuables claro está, mediante prueba en contrario, a fin de predicar que en realidad el control societario es desplegado por socios que individualmente no tendrían el poder para hacerlo. Esas presunciones flanquean en tres aspectos principales: la parte económica o monetaria materializada en el capital "a más del 50%" que pertenezca a la matriz (numeral 1°) con el presupuesto de que sólo se cuentan las acciones con derecho a voto; la parte de determinaciones o "influencia dominante", esto es, el poder decisorio propiamente dicho a través de su mayoría en los órganos de administración: asamblea o junta de socios. En este se desliga del monto societario a fin de diferenciarse de la anterior y permite entonces que se mire desde el poder de todos los socios incluso de otras subordinadas (numeral 2°); y, el control contractual que ya no depende ni del capital a más del 50% ni del poder decisorio en sus órganos de decisión sino de la imposición de una compañía sobre otra o de personas naturales sobre la persona jurídica (numeral 3°). Ha de resaltarse que la subordinación proviene o bien de una o varias personas naturales o bien de una o varias personas jurídicas, como claramente lo prevén los parágrafos 1° y 2° de la norma en cita. Por eso es viable afirmar que el control o poder de una entidad comercial no necesariamente está dado por el porcentaje que individualmente cada uno de sus integrantes, persona natural o persona jurídica, tengan sino que también deviene de factores o presupuestos de otra índole. Como el poder decisorio en sus órganos directivos o el control contractual, esto para desvirtuar el argumento del demandado de su poca capacidad accionaria. (...) Es más la situación de control entre entidades comerciales no se detiene solo para los entes de control en la fría objetividad del capital, la decisión y la subordinación contractual, sino que trasciende a aspectos tan de las personas como los vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus accionistas unido al de sus participaciones en el capital social. En efecto, la Superintendencia de Sociedades, en este aspecto ha dicho: "... el hecho de existir vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus accionistas, unido a que sus participaciones suman más del 50% del capital social, podría llevar a la conclusión de un control conjunto..."

**FUENTE FORMAL:** LEY 222 DE 1995 – ARTICULO 26 / LEY 222 DE 1995 – ARTICULO 27

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero Ponente:** LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015)

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2013-01621-00(PI)

**Actor:** RAFAEL MARÍA MERCHÁN ALVAREZ

**Demandado:** HECTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a decidir la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, formulada por el ciudadano Rafael María Merchán Álvarez.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

Actuando en su propio nombre el ciudadano Rafael María Merchán Álvarez solicitó la pérdida de investidura del Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** (período 2010-2014), con fundamento en los siguientes hechos que se resumen así:

i) El demandado y su hermano José Julio Alfonso López son socios de la empresa Asociación de Apuestas Permanentes de Sucre S.A., en adelante APOSUCRE S.A. con una participación de 217.500 y 172.500 acciones respectivamente.

ii) La sociedad APOSUCRE S.A., tiene también entre sus socios a la empresa Unión de Inversiones de la Costa Atlántica S.A., en adelante UNICAT S.A. con un total de 180.000 acciones.

iii) La empresa UNICAT S.A. cuenta entre sus socios con el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** y con su señora madre Enilce López. Esta sociedad tiene entre su junta directiva a miembros que lo son también de la empresa Aposucre.

iv) La Asociación de Apuestas Permanentes de Sucre S.A. readquirió sus propias acciones en un porcentaje de 43,5% que pertenecieron al señor Jorge Luis Alfonso López hermano del Congresista demandado. Esta

operación comercial obliga a la sociedad a distribuir las acciones entre los socios o a cancelarlas de conformidad con el artículo 417 del Código de Comercio, lo cual no ha ocurrido según certificación de Aposucre S.A.

v) La asociación Aposucre S.A. celebró un contrato de concesión con EMCOAZAR para la explotación del juego de apuestas permanentes – chance- en el Departamento de Sucre por el término de cinco años a partir del 1° de septiembre de 2008 hasta el 31 de agosto de 2013 por valor de \$8.809.903.675.

vi) EMCOAZAR inició el 17 de junio de 2013 el proceso licitatorio LP-EMC-001-2013 para la concesión de la operación del juego de chance en el Departamento de Sucre por un valor de \$6.389.835.110, al cual se presentó como único proponente la sociedad Aposucre S.A. de la cual es socio dominante el senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**.

El demandante esgrimió como fundamentos jurídicos y concepto de violación en síntesis lo siguiente:

-La conducta irregular del demandado se consagra en el numeral segundo del artículo 180, en el numeral primero del artículo 183 y en el artículo 184 de la Constitución Política.

-Considera el actor que la Jurisprudencia del Consejo de Estado tiene claridad sobre el manejo de las sociedades por interpuesta persona cuando hay un socio mayoritario o por otra circunstancia que habilite el control de la misma ocultando la relación real con el socio dominante.<sup>1</sup>

-Indica que el Código de Comercio establece las situaciones en que se presenta el dominio de una sociedad por parte de una o varias personas. La subordinación puede ser interna cuando más del cincuenta por ciento (50%) se posea directamente o por intermedio de una subordinada y su mayoría decisoria es fundamental cuando tiene el poder de voto en las juntas de

---

<sup>1</sup> Sala Plena, Rad. 2003-0267 de diciembre 14 de 2004, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

socios o asambleas de accionistas para escoger más miembros de junta directiva. Será externo el control o “*subordinación contractual*” cuando se verifica la influencia dominante en las decisiones en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios (fl. 5 cuaderno 1).

-Agrega que otra forma de operación de negocios es a través del llamado control no societario, ejercido por una o varias personas no societarias bien sea porque posea más del 50% del capital, se configure la mayoría para tomar decisiones, se ejerza influencia en la dirección y toma de decisiones o cuando el control sea ejercido por intermedio o con el concurso de las entidades de naturaleza societaria (fl. 5 cuaderno 1).

-Alega el accionante que el demandado está incurso en la causal de pérdida de investidura en la medida que al readquirirse las acciones en la empresa en la que él tiene participación, junto con los valores que posee su hermano José Julio Alfonso López y los que tiene la Sociedad UNICAT S.A. (creada por Enilce del Rosario López Romero madre del demandado) se configura un poder decisorio en APOSUCRE S.A. sociedad que en la actualidad tiene un contrato de concesión de apuestas permanentes con EMCOAZAR y que actúa como proponente en otra licitación para desarrollar el mismo objeto.

-Señala que APOSUCRE S.A. es una sociedad anónima cerrada que actúa según el interés personal de sus socios<sup>2</sup> es decir de **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, por tener el control sobre tal empresa se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política.

## **2. CONTESTACION DE LA SOLICITUD**

Por conducto de apoderado judicial, el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** presentó escrito de contestación a la demanda (fls. 90 a 96

---

<sup>2</sup> Sentencia Corte Constitucional C-353 de 2009.

cuaderno 1); oponiéndose a las pretensiones y exponiendo los siguientes argumentos:

-Señaló que la pérdida de investidura es una acción de carácter constitucional que implica una drástica sanción porque suprime y elimina el derecho fundamental a “elegir y ser elegido” consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política, razón por la que se exige la explicación clara, concreta y precisa de la causal que se invoca y la prueba que demuestre su configuración. Agregó que tratándose de inhabilidades la jurisprudencia y la doctrina han considerado que estas deben ser expresas, taxativas y restrictivas por lo que no pueden ser creadas o establecidas por el operador jurídico en forma analógica o extensiva.

-Anotó que la causal endilgada en la demanda es la del numeral segundo del artículo 180 de la Constitución Política que configura una presunta violación al régimen de inhabilidades. Sin embargo considera que lo que dispone el canon constitucional no es una inhabilidad sino una incompatibilidad por lo que la imputación realizada carece de sustento fáctico y conlleva a la denegatoria de la pérdida de investidura solicitada.

-Rechazó las apreciaciones genéricas realizadas en el libelo sobre el supuesto control ejercido por su mandante sobre la sociedad APOSUCRE S.A., descalifica los argumentos para edificar la causal de pérdida de investidura del Senador demandado, señala un error en la identificación del numeral o inciso de la causal invocada razón que lleva a concluir que no puntualizó y concretó el cargo que presuntamente le endilga al demandado.

-Explicó que mientras su representado fue propietario de las acciones en APOSUCRE S.A. no se encontró en ninguna de las situaciones contempladas en el párrafo primero del artículo 261 del Código de Comercio y manifestó que las disposiciones de tal Estatuto no son aplicables a la pérdida de investidura porque no puede confundirse la sociedad como persona jurídica capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones con los socios individualmente considerados.

Añadió que su mandante nunca tuvo el control de APOSUCRE S.A. porque su participación era mínima, equivalente al 7,25 % como lo certificó el 5 de junio de 2013 el representante legal de la empresa y sus lazos de consanguinidad con su hermano José Julio Alfonso López y con su madre Enilce López de Alfonso quienes también son socios, no llevan necesariamente a tener el control societario ya que nunca tuvo influencia, ni ejerció poder sobre los órganos de administración, ni realizó gestión alguna ante la entidad EMCOAZAR en el trámite de la licitación LP EMC 001 de 2013.

### **3. TRAMITE**

**3.1.** Mediante providencia de 29 de julio de 2013 (fls. 78 y 79 cuaderno 1) se admitió la solicitud de Pérdida de Investidura del Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, presentada por el ciudadano Rafael María Merchán Álvarez; se ordenó notificar personalmente al demandado y al Agente del Ministerio Público, en la forma y para los fines previstos en los artículos 8º y 9º de la Ley 144 de 1994.

**3.2.** Por auto de 29 de agosto de 2013, se decretaron las pruebas solicitadas y aportadas por las partes y por el Ministerio Público (fls. 104 a 106 cuaderno 1), así:

#### **3.2.1. De la parte demandante**

**3.2.1.1.** Tener como pruebas con el valor que la ley les asigna, los documentos acompañados con la demanda incoada.

**3.2.1.2.** Se ordenó oficiar a la Sociedad de Apuestas Permanentes de Sucre S.A. - APOSUCRE S.A -, para que remita las actas de las asambleas de socios celebradas desde el año 2005; a la sociedad Unión de Inversiones de la Costa Atlántica S.A. – UNICAT S.A. para que certifique su composición accionaria y a la Secretaría General del Senado de la República para que remita la declaración sobre impedimentos y conflicto de



intereses del Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** (fl. 8 cuaderno 1).

### **3.2.2. De la parte demandada**

**3.2.2.1.** Se ordenó oficiar a la Sociedad de Apuestas Permanentes de Sucre S.A. - APOSUCRE S.A -, para que certifique su composición accionaria, para que informe si el demandado y el señor José Julio Alfonso López son socios de APOSUCRE S.A. en la actualidad y en caso contrario desde cuando dejaron de serlo y para que envíe los siguientes documentos: copia de la comunicación mediante la cual **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** manifestó su decisión de poner en venta la totalidad de las acciones que poseía en APOSUCRE S.A., copia del libro de registro de acciones, copia del acta extraordinaria 004-2013 de 24 de julio de 2013 y copia del contrato por medio del cual la sociedad readquirió las acciones vendidas por el señor Héctor Julio.

**3.2.2.2.** Se ordenó oficiar a la sociedad Unión de Inversiones de la Costa Atlántica S.A. – UNICAT S.A. para que certifique sobre lo siguiente: actual participación de los accionistas, si el demandado es actualmente socio o desde cuando dejó de serlo y si la señora Enilce López Romero es en la actualidad socia o desde cuando dejó de serlo; y pidió que se remitiera copia del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio donde está inscrita la sociedad.

**3.2.2.3.** Se recibieron los testimonios de: Edwin Armando Romero Ángel como gerente de la empresa EMCOAZAR, de Aura María Corrales Rivera, Kelly Johana Fernández Campo y Jhon Jairo Romero Estrada como miembros del comité evaluador de la licitación LP-EMC 001 de 2013; y de Joaquín Enrique García Hernández como representante legal de APOSUCRE S.A. (fls. 95 y 96 cuaderno 1).

### **3.2.3. Del Ministerio Público**

**3.2.3.1.** Se ordenó oficiar a EMCOAZAR para que certifique si el contrato 003-2008 suscrito con APOSUCRE S.A. se ha ejecutado sin interrupción y se mantiene vigente desde el 20 de agosto de 2008; a APOSUCRE S.A. para que certifique si readquirió las acciones del socio Jorge Luís Alfonso López, en qué porcentaje; si fueron redistribuidas o adjudicadas a otros socios y en que porcentajes. Solicitó oficiar a APOSUCRE S.A. para que envíe copia de los estatutos de la sociedad, del libro de actas de asambleas de socios donde consten sus nombres y la autorización para contratar con EMCOAZAR y para participar en la licitación LP-EMC-001 de 2013, así como las actas donde conste la reunión donde se readquirió el 43.5 % de las acciones del señor Jorge Luís Alfonso López (folio 84 cuaderno 1).

#### **3.2.4. De oficio**

**3.2.4.1.** Se ofició a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Superintendencia de Sociedades, a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS, a la Empresa Comercial de Juegos de Suerte y Azar de Sucre EMCOAZAR, a las Revisorías Fiscales o quien haga sus veces y al Presidente y Secretario de la Asamblea General de Accionistas de UNICAT S.A y APOSUCRE S.A para que certifiquen sobre el tipo, monto, personas y movimientos realizados relacionados con las sociedades Unión de Inversiones de la Costa Atlántica S.A. UNICAT S.A y Asociación de Apuestas permanentes de Sucre S.A. APOSUCRE S.A. entre los años 2007 y 2011 (fls. 104 a 106 cuaderno 1).

#### **3.3. Audiencia Pública**

Se llevó a cabo el 29 de abril del corriente año (657-659 cuaderno 2) y a ella asistieron el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado; el Senador demandado **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** y su apoderado judicial. No asistieron el demandante señor RAFAEL MARÍA MERCHÁN ÁLVAREZ ni su apoderado judicial.

La Consejera Ponente dispuso de un término de quince (15) minutos para las intervenciones de cada uno de los interesados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 144 de 1994, haciéndolo en el siguiente orden y dejando copia por escrito de las mismas:

**3.3.1.** El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó acceder a las pretensiones y decretar la pérdida de investidura del demandado por haber incurrido en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 2º del artículo 180 constitucional.

El Agente del Ministerio Público indicó que el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura por celebración de contratos, prevista en el numeral 2º del artículo 180 de la Constitución Política. Afirma que de la interpretación de la demanda se desprende que se refiere a una incompatibilidad y no a una inhabilidad en atención a que el demandante se refiere al control que ejerce el Senador cuestionado en la sociedad APOSUCRE S.A. la cual contrató con una entidad pública.

Aseveró que tal causal tiene por finalidad impedir que el titular de la función pública se ocupe de ciertas actividades simultáneamente con las competencias propias de su cargo en guarda del interés público que puede verse afectado por la confluencia de intereses poco conciliables y que afectan su imparcialidad e independencia. Agregó que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2005 afirmó que la negociación por interpuesta persona ordinariamente mediante sociedades de personas o familia, constituye un subterfugio para ocultar la realidad de ciertos negocios, simularlos o sacar ventajas económicas y en especial para eludir inhabilidades e incompatibilidades con la creencia de que al ser la sociedad una persona distinta de los socios es suficiente escudo para burlar la prescripción legal, razón por la cual corresponde al juez extremar su investigación y apoyarse en todos los medios de prueba a su alcance para revelar las maniobras engañosas y la simulación.

Señaló que al ser el congresista socio de una sociedad percibe utilidades como finalidad principal de tal asociación conforme lo establece el artículo 98 del Código de Comercio, siendo el control un mero acto de administración del ente social que no reporta beneficios económicos. Por tanto no es acertado afirmar que para que prospere la causal de pérdida de investidura invocada se requiera el ejercicio del control de la sociedad puesto que esto no es lo que consagra la norma constitucional. Lo que se debe observar es que la sociedad en realidad se constituya como una persona interpuesta para que el congresista obtenga beneficios económicos en virtud del ánimo de lucro que guía su asociación y entre en contradicción con los intereses del pueblo que se supone representa el Senador electo.

Sobre los contratos estatales afirmó que, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, constituyéndose este requisito en una solemnidad, por lo que para comprobar la causal de pérdida de investidura endilgada deberá comprobarse que el contrato conste en un documento, que se haya celebrado dentro del período que el congresista ejerza sus funciones y que se pruebe su calidad de socio en la sociedad contratista.

Agregó que, del material probatorio se evidencia que el demandado mediante resolución 1787 del 18 de julio de 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral fue declarado elegido como Senador de la República; que era socio de APOSUCRE S.A. de acuerdo a la certificación sobre la composición accionaria expedida el 5 de junio de 2013 con un 7.25 % de las acciones; que era socio de UNICAT S.A. con diferente participación entre los años 2008 y 2013; que la sociedad APOSUCRE S.A. celebró con EMCOAZAR el contrato de explotación de los juegos de azar número 003-2008; que a la licitación pública LP-EMC-001 de 2013 se presentó la sociedad APOSUCRE S.A. como única oferente de acuerdo con el informe de evaluación del 18 de julio de 2013 del EMCOAZAR; que mediante resolución 56 de 12 de septiembre de 2013 EMCOAZAR le declaró la caducidad del contrato celebrado con APOSUCRE S.A. en virtud de

haberse adjudicado la licitación EMC-001 de 2013 y que el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** realizó el registro de intereses privados como socio de UNICAT S.A y APOSUCRE S.A. en el Senado de la República en cumplimiento del artículo 287 de la Ley 5º de 1992. De igual manera se comprobaron los movimientos accionarios en UNICAT S.A. y APOSUCRE S.A. mediante los informes de los revisores fiscales y las actas de asamblea de socios.

Estimó que lo importante en el caso bajo examen es que debe tenerse en cuenta la participación del Senador demandado como socio de APOSUCRE S.A. y UNICAT S.A. y no el número de acciones que posee o si ejerce el control societario por cuanto es una sociedad cerrada, situación que basta para configurar la causal de pérdida de investidura enrostrada.

Arguyó que el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** tenía la condición de socio de las nombradas sociedades cuando celebró el contrato 003-2008 con la empresa EMCOAZAR pero en ese momento no era congresista por cuanto tal cargo lo comenzó a ejercer el 20 de julio de 2010, razón por la cual respecto de este contrato no existe impedimento alguno y no se incurre en la causal invocada. Pero en relación con el contrato derivado de la licitación LP EMC 001- 2013 suscrito el 2 de septiembre de 2013 entre APOSUCRE S.A y EMCOAZAR se observa que el congresista era socio el dos (2) de julio día en que la asamblea general de accionistas autorizó al representante legal para contratar y el cinco (5) de julio fecha en la que se realizó la audiencia de aclaración y análisis de riesgos de la licitación LP EMC 001-2013.

Sobre la sociedad UNICAT S.A. concluyó que ninguno de los documentos sobre la presunta desvinculación del congresista demandado menciona que la venta de acciones estuviera registrada en el libro de registro de acciones de la Cámara de Comercio conforme lo ordena el artículo 406 del Código de Comercio, razón por la cual es inoponible a la luz de lo preceptuado por dicho estatuto.

Por lo menos en el caso de APOSUCRE S.A. se mencionó que en el libro de accionistas no figuraba como socio el demandado, documento que reviste en principio credibilidad y permite afirmar que no era socio cuando se firmó el contrato de 2013. Tampoco se explica el destino de las 150.000 acciones que poseía el demandado en 2008 y que en el 2010 cambiaron de dueño, ni se aclara cómo se traspasaron y si se hizo registro de la venta o no, inconsistencias y dudas que no permiten dar seguridad sobre la operación realizada conforme a los principios de la sana crítica. Así, no se desvirtuó que el congresista demandado fuera socio de UNICAT S.A., empresa que a su vez estaba asociada con APOSUCRE S.A., por lo que sirvió de interpuesta persona al Senador frente al contrato.

Señaló que la posibilidad de influir como Senador de la República sobre quienes manejan dineros públicos es muy grande por lo que se establecen las causales de incompatibilidad y se cuestiona que un congresista pertenezca a una sociedad que presenta una licitación ante una entidad pública y posteriormente se retire de tal asociación antes de suscribir el convenio luego de habersele adjudicado. En el caso particular, la empresa APOSUCRE S.A. en la que participaba como socio el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, se presentó como única licitante ante EMCOAZAR con el antecedente de estar ejecutando el contrato anterior de concesión de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Sucre, lo que demuestra una conducta censurable del demandado y lo deja incurso en la causal de pérdida de investidura invocada por su actuación desde la apertura de la licitación LP EMC 001 – 2013 por la interpuesta persona de UNICAT S.A. empresa de la que era socio (fls. 683 a 690 cuaderno 2).

**3.3.2.** El Senador demandado intervino con manifestaciones de fe en la justicia y en Dios y cedió el uso de la palabra a su apoderado judicial.

**3.3.3.** El abogado del demandado reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda sobre la incongruencia del libelo al invocar una inhabilidad y fundamentarla en un artículo que trata sobre incompatibilidades, razón por la cual no hay claridad sobre la imputación.

Aseguró que la responsabilidad que se le quiere endilgar a su mandante es objetiva, la cual está proscrita constitucionalmente y que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional para determinar la incursión en la causal de pérdida de investidura, como manifestación del derecho sancionador, debe hacerse siempre que se comprueben los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los cuales no están demostrados en el presente caso.

Se quiere hacer ver erróneamente que el demandado tiene el control sobre APOSUCRE S.A. por la cantidad de acciones que sumadas con la de otros socios con los que supuestamente tiene vínculos familiares, obtendrían la mayoría accionaria. No existen pruebas en el proceso que demuestren su consanguinidad con la señora Enilce López y con el señor Jorge Luis Alfonso López y aunque existiera, este hecho no necesariamente desemboca en que se tenga el control accionario de la sociedad APOSUCRE S.A.

Anota el apoderado que la participación de su patrocinado en APOSUCRE, sociedad anónima que configura una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es mínima y no tiene nada que ver con la causal enrostrada cual es la de gestionar asuntos ante las entidades públicas. La única manera de trasladar la responsabilidad de la persona jurídica a los socios es cuando se trate de desenmascarar defraudaciones tributarias o penales evento que no se presenta en el caso bajo estudio.

Por otra parte el socio **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** acostumbraba ejercer sus derechos sociales sólo con la asistencia a las asambleas para integrar el quórum deliberatorio, por lo que cuando otorgaba poder sólo lo hacía para asistir sin facultad de voto. Así, en la Asamblea General de socios de APOSUCRE S.A. realizada el 2 de julio de 2013 el señor Héctor Julio Alfonso López le confirió poder a la señora Doris Jarava Lozano para que asistiera a la asamblea e integrara el quórum deliberatorio pero los votos provenientes de sus acciones equivalían al 16.64 % del total por lo que no tenía posibilidad de ejercer el control total sobre la sociedad, que

inclusive si se sumara la participación de José Julio Alfonso López (5.75%) y de la sociedad UNICAT S.A. (6%) no obtendrían la mayoría accionaria y se desconocería la voluntad del restante 56.39% conformado por los demás socios.

Indicó que del material probatorio se extrae que el Senador puso en venta sus acciones en APOSUCRE S.A. el 28 de junio de 2013 y el 25 de julio del mismo año la sociedad se las compró por lo que dejó de ser socio como lo certifica el Revisor Fiscal. De igual forma dejó de ser socio de UNICAT S.A. desde el 23 de julio de 2013 conforme lo certifica el Representante Legal de la mencionada sociedad, lo que sucedió también con Enilce López y con Jorge Luis Alfonso López, desvirtuándose el supuesto control familiar de la empresa y la causal de pérdida de investidura que se pretende endilgar al demandado.

Citó apartes de varias sentencias y salvamentos de voto de la Sala Plena del Consejo de Estado sobre procesos de pérdida de investidura, entre otras la de 9 de julio de 2013, radicación 2011-00709 con ponencia del doctor Guillermo Vargas Ayala, la de 6 de octubre de 2009, radicación 2008-01234, magistrado ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta y la de 18 de noviembre de 2008, radicación 2008-00316 con ponencia del doctor Mauricio Torres Cuervo (fls. 660 a 682 cuaderno 2).

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA**

De conformidad con lo establecido en los artículos 184 y 237, numeral 5, de la Constitución Política; 1º de la Ley 144 de 1994 y 37, numeral 7, de la Ley 270 de 1996, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para decidir la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, formulada por el ciudadano Rafael María Merchán Álvarez.



## **2. EL PROBLEMA JURIDICO**

Se contrae a establecer si el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, en su condición de Senador de la República, incurrió en la causal de pérdida de investidura de los Congresistas prevista en el artículo 183, numeral 1° de la Constitución Política, referida a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses, en armonía con el artículo 180 numeral 2 ibídem.

## **3. CUESTION PREVIA**

Para la Sala no cabe duda alguna que, si bien el demandante enuncia el comportamiento del Congresista demandado como una inhabilidad, lo cierto es que la conducta contenida en el numeral 2° del artículo 180 de la Constitución Política alude a una causal de incompatibilidad. Es más, en todo el relato realizado por la parte actora en el libelo, se encuadra el comportamiento del señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** en el ejercicio simultáneo de su actividad de congresista con la gestión y celebración de un contrato con la empresa EMCOAZAR por lo que no existe hesitación respecto a la violación endilgada que genera la pérdida de investidura del Senador demandado.

## **4. LO PROBADO EN EL PROCESO DE RELEVANCIA PARA EL PROCESO**

Ha de recordarse que probatoriamente esta causal se sustenta en tres pilares: a) sujeto activo sobre el que recae la incompatibilidad, es decir, que el demandado sea congresista; b) la conducta constitutiva del hecho impeditivo, prohibitivo o incompatible consistente: b.1) o bien en la gestión de asuntos o negocios en beneficio propio o ajeno b.2) o bien en la celebración de contrato. Ambas conductas encuentran al otro lado de las tratativas negociales o de la relación contractual a b.3) entidades públicas o personas que administran tributos y c) el factor temporal, en tanto al tratarse de una incompatibilidad debe ser concurrente con su labor congresal, en

suma, entre el momento de su elección hasta el fin de su desempeño como congresista.

Teniendo en cuenta lo anterior, así mismo serán agrupados los medios probatorios que obran en el expediente:

a) La calidad de Congresista: sujeto activo de la causal de pérdida de investidura.

A folios 10 a 38 del cuaderno 1 del expediente se encuentra copia auténtica del acto declaratorio de elección Resolución 1787 del 18 de julio de 2010 mediante la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección del señor HECTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ como Senador de la República por el Partido de Integración Nacional para el período constitucional 2010-2014.

b) La conducta prohibitiva

b.1. El contrato celebrado y sus actos pre y pos contractuales

b.1.1. La contratante EMCOAZAR

Conforme con el contenido del informe de evaluación de la propuesta en la licitación del contrato de concesión, se evidencia que la Empresa Comercial de Juegos de Suerte y Azar de Sucre EMCOAZAR otorga y certifica el paz y salvo de las transferencias de los derechos de explotación (fl. 59 cdno. 1).

b.1.2. A folios 299 a 301 del cuaderno 1 y folios 559 a 561 cuaderno 2, obra el Acta de Asamblea Extraordinaria de **2 de julio de 2013**, a la que concurrió el 100% de los accionistas, entre quienes como participantes estuvo el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** con sus 217.500 acciones, equivalentes al 7,25%, junto a José Julio Alfonso López con 172.500 acciones, equivalentes a 5,75% y con Aposucre S.A. con 1.306.980 que corresponden al 43,57% en el que se lee expresamente lo siguiente:

*“3. AUTORIZACIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL PARA REALIZAR TRANSACCIÓN COMERCIAL POR MAYOR CUANTÍA. El presidente de la Asamblea informa a los accionistas que la empresa se encuentra en proceso de liquidación del contrato de concesión de explotación del monopolio del juego del chance en el departamento de Sucre y se requiere autorizar al Representante Legal y Gerente para firmar el contrato de concesión hasta por siete mil millones (\$7.000.000.000) de pesos Mcte. Una vez escuchada la exposición realizada por el presidente de la Asamblea **es aprobada en forma unánime** y se faculta al Representante Legal, señor Joaquín García Hernández... para participar, contratar y comprometer a la sociedad y contraer obligaciones en nombre de ésta hasta por siete mil millones (\$7.000'000.000) de pesos...”*

b.1.3. Ha de aclararse que a folios 46 a 69 obra el contrato de operación 003-2008 de 20 de agosto de 2008 celebrado entre Emcoazar y Aposucre para la concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes “Chance” en todo el territorio del Departamento de Sucre, cuyo término contractual se pactó en **cinco (5) años** contados a partir del cumplimiento del lleno de los requisitos legales para la ejecución del contrato, de conformidad con las condiciones establecidas en las bases de la licitación y en el contenido de la oferta (cláusula primera, fl. 47 cdno. 1).

En concordancia en el acta de evaluación de la oferta licitatoria LP-EMC-001 de 2013, al relacionar el histórico contractual en el tema de juegos de azar y apuestas, EMCOAZAR, en tanto requería acreditar mínimo 15 años de ejercicio de la actividad como requisito habilitante, se refiere al contrato de concesión 003-2008 que se celebró para el período comprendido entre el 1° de septiembre de 2008 **al 31 de agosto de 2013**, por un valor de \$3.306.848.582 (fl. 60 cdno. 1).

b.1.4. En los folios 54 a 56 del cuaderno 1 aparece copia de la Audiencia de Aclaración de Pliego y Tipificación y Asignación de Riesgos Previsibles dentro de la Licitación Pública LP-EMC-001 de 2013 cuyo objeto es *“Escoger mediante la modalidad de Licitación Pública, con arreglo a los principios rectores de la contratación estatal, a la Sociedad Comercial Organizada, como Empresa de Apuestas Permanentes, que le ofrezca a la*

*Empresa Comercial de Juegos de Suerte y Azar de Sucre – EMCOAZAR, las mejores condiciones económicas y técnicas, para otorgar en concesión la explotación exclusiva del Juego de Apuestas Permanentes “CHANCE” en todo el territorio del Departamento de Sucre (...)*”, realizada el 5 de julio de 2013 con la participación activa del Representante Legal de la única empresa interesada APOSUCRE S.A.

Y a folios 57 a 69 obra el informe de evaluación de la licitación pública LP-EMC-001-2013 por parte de EMCOAZAR, en la que se especifica el objeto de la licitación para el contrato de concesión para un **“período de cinco (5) años, contados desde el 01 de septiembre de dos mil trece (2013) hasta el 31 de agosto de dos mil dieciocho (2018), bajo el control, dirección y supervisión de la Empresa Comercial de Juegos de Sucre y Azar de Sucre (EMCOAZAR)”**.

Evaluó la propuesta de la proponente única: Asociación de Apuestas Permanentes de Sucre S.A. Aposucre S.A. y el Comité Asesor y Evaluador, en aplicación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y de los principios del Régimen propio de la Ley 643 de 2001 y sus decretos reglamentarios y conforme al puntaje obtenido, recomendó al Gerente de EMCOAZAR adjudicar el contrato al único oferente por reunir todas las condiciones solicitadas (fl. 69 cdno. 1).

b.1.5. Obran en los folios 502 a 510 del cuaderno 2 las Resoluciones 56 y 57 del 12 de septiembre de 2013 proferidas por el Gerente de EMCOAZAR mediante las cuales se declaró y confirmó la declaratoria de caducidad del contrato de concesión LP-EMC-001-2013 cuyo objeto era *“La explotación y operación del juego de apuestas permanentes o chance en todo el territorio del Departamento de Sucre, desde el primero (02) SIC de septiembre de 2013 hasta el primero 10 de septiembre de 2018”* celebrado entre la empresa Aposucre S.A. y EMCOAZAR.

**b.2. El senador como participante o integrante en las sociedades contratantes.**

Para este presupuesto y en atención a que la censura que sustente la solicitud de desinvestidura alude a la participación del Senador en entidades comerciales societarias en las que fue socio, el análisis probatorio se advierte nutrido con los siguientes medios probatorios:

b.2.1. Aparece demostrada la existencia y representación de la empresa Aposucre S.A. de acuerdo con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Sincelejo el 30 de mayo de 2013 obrante a folios 39 y siguientes del cuaderno 1. En este se informa que se trata de una sociedad anónima, cuya actividad principal son los juegos de azar y las apuestas. Fue creada mediante Escritura Pública 0001122 de 21 de julio de 1988 de la Notaría Primera de Sincelejo, que empezó como sociedad limitada, pero el 21 de diciembre de 2001 se transformó en anónima; que no se halla disuelta y que su duración va hasta el 31 de diciembre de 2025. Dentro de su junta directiva figura José Julio Alfonso López.

b.2.2. Sobre la participación accionaria del Senador en la sociedad Aposucre S.A., reposa:

-Constancia del representante legal de dicha sociedad, expedida el 5 de junio de 2013, en los que figuran, entre otras personas naturales y jurídicas, los siguientes socios a quienes les referenció por nombre, número de acciones y porcentaje de la participación societaria:

<b>Accionistas</b>	<b>Número de acciones</b>	<b>% Participación</b>
<b>HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ (Senador demandado)</b>	217.500	7,25
José Julio Alfonso López	172.500	5,75
Unicat S.A.	180.000	6,00
Aposucre S.A.	1.306.980	43,566

(véase fl. 45 cdno. 1).

-Constancia expedida por el Revisor Fiscal de Aposucre -sin fecha- certificó la composición accionaria de dicha sociedad a diciembre 31 "para los años 2007 y 2011". Entre otros accionistas, se observan:

Id	Accionista	No. Acciones a 2007	%	No. Acciones a 2011	%
72004050	<b>HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ</b>	10.125	6,75%	217.500	7,25%
73.239.487	José Julio Alfonso López	7.125	4,75%	172.500	5,75%
92.188.778	Jorge Luis Alfonso López	63.849	42,57%	1.306.980	43,57%
800.013.685	Unicat E.U.	11.250	7.50%	180.000	6,00%

(Véase fl. 179 cdno. 1).

El socio de mayor participación accionaria tanto en 2007 como en 2011 es Jorge Luis Alfonso López.

b.2.3. A Folio 261 a 262 cuaderno 1, obra acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de 15 de abril de 2011, en el que consta la asistencia de los siguientes accionistas:

Accionistas	Número de acciones	% de participación	Valor
<b>HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ (Senador demandado)</b>	<b>47.125</b>	<b>7.250</b>	<b>47.125.000</b>
José Luis Alfonso López	37.375	5.750	37.375.000
Jorge Luis Alfonso López	283.179	43.566	283.179.000
Unicat S.A.	39.000	6.000	39.000.000

b.2.4. En folios 275 a 277 aparece el acta de Asamblea Extraordinaria de accionistas 002-2013 de 2 de mayo de 2013, en la que al verificar el quórum de asistentes se informa que están presentes los siguientes socios y con igual proporción accionaria venía en la Asamblea de 29 de marzo (ver fls. 278 a 282 cdno. 1) solo que en esta aparece Aposucre S.A. con las 1.306.980 acciones en un equivalente del 43,57%:

Id	Accionistas	Número de acciones	% de participación	Valor
72.004.050	HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ (Senador demandado)	217.500	7.25	217.500.000
73.239.487	José Luis Alfonso López	172.500	5.75	172.500.000
800.013.685	Unicat S.A.	180.000	6.00	180.000.000

b.2.5. En folio 283 a 284 del cuaderno 1, según consta en el Acta de Asamblea Extraordinaria de **24 de julio de 2013**, se encuentran presentes Aposucre con acciones propias readquiridas en igual monto de 1.306.980 para un equivalente de 43.566% y el Senador Héctor Julio Alfonso López, representado por Doris Jarava Lozano, con 217.500 acciones con un porcentaje de 7.250%, con un valor nominal de 217.500.000 y en el que figura el **ofrecimiento expreso del senador Héctor Julio Alfonso López de vender sus acciones**, ante el silencio de compradores, la empresa decide por unanimidad readquirirlas para sí.

b.2.6. Obra a folios 308 a 309 del cuaderno 1, **contrato de compraventa de acciones de 25 de julio de 2013**, celebrado entre **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** y Aposucre S.A., teniendo en cuenta la autorización para la adquisición de acciones que le fue otorgada al representante legal de dicha sociedad en el acta de sesión extraordinaria de 24 de julio de 2013, en el que el ya Senador vendió las 217.500 acciones de su propiedad, por \$350.175.000.

b.2.7. Reposo, a folio 307 del cuaderno 1, el libro de registro de acciones de Aposucre S.A. a nombre del Senador demandado **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, firmado por el representante legal, en el que se informa lo siguiente:

Fecha	Detalle	Acciones adquiridas	Acciones cedidas	No. acciones actuales
08-01-2002	Acciones suscritas 5625			5625
12-08-2004	Adquiere 4500	4.500		10.125

Fecha	Detalle	Acciones adquiridas	Acciones cedidas	No. acciones actuales
	acciones a Teófilo Fadul			
31-02-2008	Adquiere 750 acciones de Enilce López (Unicat)	750		10.875
06-06-2008	Acciones suscritas por revalorización patrimonio	36.250		47.125
3-09-09	Cede las 47.125 acciones a Enilce López Romero		47.125	
24-06-10	Adquiere 47.125 acciones a Enilce López Romero	47.125		47.125
14-04-11	Suscribe 170.375 acciones	170.375		217.500
25-07-2013	Vende totalidad de acciones a Aposucre S.A.		217.500	

b.2.8. A folio 159 del cuaderno 1, el Secretario General del Congreso de la República remitió copia auténtica del Registro de Intereses Privados realizado el 5 de agosto de 2010 por el senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** (2010-2014), en el que se lee: “Socio de Aposmar S.A.; Socio de Invetnia S.A.; **Socio de Unicat S.A.**; Socio de Uniapuestas S.A. y **socio de Aposucre S.A.**”

b.2.9. Dentro de los integrantes o socios de Aposucre S.A., figura otra persona jurídica “Unión de Inversiones de la Costa Atlántica S.A. UNICAT S.A.”, de la que el Senador cuestionado es socio respecto de la cual reposan las siguientes pruebas:

b.2.9.1. Está probada la existencia y representación de la empresa UNICAT S.A. con el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 17 de septiembre de 2013 visible en el folio 186 y siguientes del cuaderno 1, en el que consta que es una empresa unipersonal creada el 31 de marzo de 2003 denominada “*Enilce del Rosario López Romero - Apuestas El Gato E.U.*” y que cambió su domicilio de Magangué a Cartagena y su razón social a “Unicat E.U” el 26 de abril de 2005 y cambió su naturaleza a **empresa anónima el 22 de septiembre de 2008** con la similar razón social, pero ya



no “Unicat E.U.” sino “Unicat S.A.”, con una duración hasta el 29 de septiembre de 2038.

b.2.9.2. En cuanto a la participación y movimiento accionario al interior de UNICAT, obra lo siguiente:

- A folio 176 del cuaderno 1, el Contador de Aposucre S.A. certifica el 16 de septiembre de 2013, y el 23 de octubre de 2013 (folio 431 cuaderno 2) que durante los años 2007 a 2011, su accionista Unicat E.U. -luego S.A.-, ha hecho los subsiguientes movimientos de acciones y que están documentados en el libro de accionistas 00014413 del libro VII del registro mercantil a folio 27 de la Cámara de Comercio de Sincelejo:

Fecha	Detalle	Adquiridas	Cedidas	Saldo
31/12/2007	Saldo acciones			11.250
05/02/2008	Vende acciones a José Julio Alfonso López		1.500	9.750
<b>05/02/2008</b>	<b>Vende acciones a HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ</b>		750	9.000
06/06/2008	Acciones suscritas por revalorización del patrimonio	30.000		39.000
14/04/2011	Acciones suscritas por aumento de capital	141.000		180.000

- A folio 181 del cuaderno 1, el contador de Unicat S.A. certifica la participación de esta sociedad en Aposucre S.A. en los siguientes montos accionarios y escindido por años:

	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011
<b>No. Acciones</b>	9.000	39.000	39.000	39.000	180.000

Certifica que en el año 2008 se incrementó el número de acciones de 9.000 a 39.000 acciones porque Aposucre S.A. capitalizó estas acciones. Y en el año 2011, la participación accionaria se incrementó de 39.000 acciones a 180.000 generadas por la capitalización realizada.

- A folio 183 a 185 cuaderno 1, el representante legal para Asuntos Específicos de Unicat S.A. certificó que a 15 de septiembre de 2013, la composición accionaria y la participación de cada socio es la siguiente -solo se transcribe lo pertinente-:

Id	Nombre del accionista	No. de acciones	Valor	%
3.296.732	Héctor Julio Alfonso (padre)	150.000	150.000.000	5,00
73.239.487	José Julio Alfonso López	255.000	255.000.000	8,50
806.013.685-5	Unicat S.A.	510.000	510.000.000	17,00

Certificó que **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** (Senador demandado) **no es accionista de la empresa desde el 29 de julio de 2013** porque vendió sus acciones.

De igual forma, que la señora Enilce del Rosario López Romero no es accionista desde el 8 de septiembre de 2010 porque vendió la totalidad de las acciones.

- En los folios 444 a 446 del cuaderno 2 se encuentra la certificación expedida por el Revisor Fiscal y la Contadora de la sociedad Unicat S.A., en respuesta a requerimiento del Consejo de Estado, en la cual da cuenta de la propiedad de 150.000 acciones del señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, en un equivalente al 5,00% y por un valor de 150 millones.

De igual manera informa que durante el año 2009 la señora Enilce López Romero vendió 1.605.613 acciones, el señor Armando Carbone vendió 90.000 acciones y el señor José de Jesús Ricaurte Gandi vendió 45.000 acciones, que suma 1.740.613 acciones que fueron adquiridas por diferentes accionistas, como el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, quien compró 225.000 acciones con un valor de 225 millones, las cuales vendió en ese mismo año a Yeimi de La Cruz, que luego en el año 2010 vuelve y le compra.

En el año 2010: la señora Enilce López Romero vende 254.387 acciones, entre otros, así: al Señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, 30.000 acciones; a Jorge Alfonso López vendió 30.000 acciones; a José Julio Alfonso López vendió 30.000 acciones; a Wendy Vanesa Alfonso López, 30.000 acciones.

El 29 de julio de 2013, el Senador vendió 255.000 acciones que fueron readquiridas por la empresa.

- A folios 451 a 452 reposa el certificado de composición accionaria de Unicat S.A. expedido el 12 de noviembre de 2013 por el revisor fiscal y la contadora de la empresa, en el que se informa que a diciembre de 2010, el ya Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** tenía 255.000 acciones, equivalentes al 8,50%, con un valor de 255.000.000. Al igual, que hacían parte de la sociedad Héctor Julio Alfonso (padre) con 150.000 acciones; Jorge Luis Alfonso López con 255.000 y José Julio Alfonso López, con 255.000 acciones. En iguales términos permaneció en diciembre 2011, como consta en certificado similar obrante a folios 453 a 454 cuaderno 2.

Ya en diciembre de 2012, el Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** permanece con las mismas acciones, al igual que Héctor Julio Alfonso (padre), José Julio Alfonso López, pero ya no figura Jorge Luis Alfonso aunque aparece la propia sociedad Unicat S.A. con 255.000 acciones (fls. 455 a 456 cdno. 2).

## **5. ANALISIS DE LA SALA**

### **5.1. LA CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA ALEGADA: VIOLACION DEL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS**

El peticionario invoca la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política que se refiere a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses.

Considera el actor que, en su condición simultánea de Senador de la República y socio de las empresas UNICAT S.A. y APOSUCRE S.A., el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** infringió la norma citada porque transgredió la prohibición señalada en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución Política, que literalmente expresa: “... *Los Congresistas no podrán.... 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, **celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno.** La Ley establecerá las excepciones a esta disposición.*”

En relación con las incompatibilidades, la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, en el artículo 281 las definió como “*todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función*”.

Y el artículo 282 de la misma Ley Orgánica<sup>3</sup> prevé:

***“MANIFESTACIONES DE LAS INCOMPATIBILIDADES.*** *Los Congresistas no pueden:*

*(...)*

*2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.*

*(...)”*

Las excepciones a que se refieren los artículos 180, numeral 2º, de la Constitución Política y 282, numeral 2º, de la Ley 5 de 1992, vale decir aquellas que pueden realizar los Congresistas, están contempladas en el artículo 283 ibídem y tienen que ver con las siguientes actuaciones:

- ejercicio de la cátedra universitaria;

---

<sup>3</sup> Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

- cumplimiento de diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, su cónyuge, o compañero o compañera permanente, sus padres, o sus hijos;
- formulación de reclamos por el cobro de impuestos fiscales o parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas;
- uso de los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios;
- dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales;
- adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales;
- intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana;
- participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley;
- siendo profesional de la salud, prestar el servicio cuando se cumpla en forma gratuita; participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas;
- pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias y las demás que establezca la ley.

Resulta por tanto que, la finalidad de la incompatibilidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al Congresista de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tenga acceso a los

beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos<sup>4</sup>.

En cuanto tiene que ver con la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 180 de la Constitución Política, esta Sala ha reiterado que apareja una conducta dinámica, positiva y concreta, frente a una entidad pública o a un sujeto cualificado, encaminada a obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, ajenas a la colectividad que representa, independientemente del resultado o la respuesta recibida<sup>5</sup>.

Por su parte la Corte Constitucional ha precisado sobre las incompatibilidades lo siguiente<sup>6</sup>:

“ (...)

*En ese orden de ideas, resulta indudable que la Constitución fue severa y terminante en lo relativo a incompatibilidades de los congresistas, muy concretamente en lo relacionado con la celebración de contratos con entidades públicas o con las privadas que manejan recursos públicos, así como en lo referente a la gestión de intereses propios o ajenos ante los organismos estatales.*

*El objetivo de estas normas es muy claro: se trata de impedir que se confunda el interés privado del congresista, directo o indirecto, con los intereses públicos; evitar que el congresista pueda valerse de la influencia inherente a su función para derivar cualquier tipo de provecho en nombre propio o ajeno.*

*El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos.*

*La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo - como es el de congresista para el caso que nos ocupa - aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del*

---

<sup>4</sup> Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta de 19 de febrero de 2009. Exp. 2007-0700-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>5</sup> Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 6 de abril de 2010, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, Exp.2009-00639-01(PI).Actor: Jorge Eliécer Hernández Bustos. Demandado: Manuel Enriquez Rosero.

<sup>6</sup> Sentencia C - 349 de 1994.

*empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla.”*

Ahora bien, la incompatibilidad endilgada del numeral 2º del artículo 180 constitucional contiene varios supuestos de conductas a saber: “*gestionar*”, “*ser apoderado*” y “***celebrar contratos con entidades públicas***”<sup>7</sup>, siendo esta última en la cual se estructura la demanda incoada por el señor Rafael María Merchán Álvarez, por cuanto el demandado intervino por interpuesta persona en la gestión previa a la contratación, como fue el proceso de licitación para la concesión en la explotación del juego de apuestas permanentes “*chance*” en todo el Departamento de Sucre (fl. 4 cdno. 1).

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que la incompatibilidad aquí aducida puede configurarse por la participación del congresista en el contrato, bien sea de manera directa o indirecta, en los siguientes términos<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> Sobre este punto ver entre otras, Sentencia de 19 de enero de 2010, Exp. No. 2009-00708-00(PI), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>8</sup> Sentencia de Sala Plena de 21 de abril de 2009, Exp. No. 2007-00581-00(PI), M.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en sentencia de 9 de julio de 2013, Exp. 2011-01707-00(PI), M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

“En cuanto al (...) el supuesto de la intervención en la celebración de contratos, la Corporación ha sostenido que ella se puede tipificar en forma directa o indirecta, es decir, por la firma directa del contrato escrito en el que se eleva el acuerdo de voluntades o por interpuesta persona, en este último evento a través de un tercero que celebra el contrato por encargo o aparentando actuar en nombre propio y no de quien realmente se beneficia o deriva provecho del mismo. **Igualmente, la Corporación partiendo de la existencia del contrato, ha manifestado que la intervención en la celebración de contratos tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos tendientes a su formación, perfeccionamiento y suscripción y de los que se deduzca un interés propio o de terceros en su realización.** Bajo ese entendido, (...), es necesario demostrar la existencia de un contrato con una entidad pública en cuya celebración el elegido hubiere intervenido o participado activamente en las gestiones tendientes a su celebración, en interés propio o en interés de terceros, (...) y si lo hizo en forma directa o por interpuesta persona”. (Negritas y subrayado fuera de texto).

De igual manera, respecto al negocio jurídico prohibido al Congresista, la jurisprudencia reiterada ha sostenido que, no se requiere en todos los casos haber celebrado necesariamente el contrato, sino que basta la participación activa del elegido en los actos preparatorios conducentes a la consolidación de tal<sup>9</sup>. Así, el Consejo de Estado ha manifestado que:

“La (...) intervención en celebración de contratos, **no opera únicamente respecto de la persona o personas que directa y personalmente terminan suscribiendo o firmando el contrato estatal. Aplica también frente a todas aquellas personas que activamente han participado en las fases precontractuales,** y que si bien una vez celebrado el respectivo contrato, no figuran en él, su intervención sí fue determinante para su materialización. Igualmente **abarca a las personas que prefieren mantenerse en el anonimato y para ello emplean a otros, que son quienes efectivamente suscriben el contrato,** aunque a sabiendas de que subrepticamente es para aquél que se oculta ante la Administración.

(...)

Nótese cómo el concepto de intervención en celebración de contratos va más allá de la materialidad misma del contrato, tanto que vincula a personas que sin aparecer en el documento físico, sí tuvieron una participación bien importante en su consecución.”<sup>10</sup> (Subrayas y negritas fuera de texto)

De otra parte, en el informe de la ponencia del "Estatuto del Congresista" rendido por los delegatarios el 16 de abril de 1991, consigna el propósito que inspiró a los Constituyentes al erigir la comentada conducta en prohibición:

---

<sup>9</sup> Sentencia Consejo de Estado Sección Quinta de 13 de diciembre de 2012, Exp. 2011-00747-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>10</sup> Sentencia Sección Quinta de 31 de enero de 2013, Exp. 2011-00688-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.



*"La condición de parlamentario da a las personas que la ostentan, una excepcional capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros del Estado y en general sobre quienes deciden los asuntos públicos, que establece condiciones inequitativas de competencia con el común de las gentes amén que puede llevar a la corrupción general del sector público.*

*De manera que la gestión que prohíbe la norma no implica que se ejerza sobre el sujeto cualificado influencia para que actúe en determinado sentido en un asunto sometido a su consideración, cual es, a juicio de la Sala, la diferencia más marcada en relación con el tráfico de influencias.*

*(...)."11*

Visto el enfoque dogmático de la específica causal de incompatibilidad, la Sala procederá a analizar el caso apoyándose en lo probado dentro del expediente, conforme a la relación de medios de prueba hecha en precedencia, a fin de determinar si el Senador demandado tuvo o no injerencia de actividad que le estuviera prohibida. Para ello además del estudio en concreto hará uso de figuras del derecho comercial societario.

## **5.2. EL TEMA DE LA SUBORDINACIÓN SOCIETARIA<sup>12</sup>**

---

<sup>11</sup> Citada en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 6 de abril de 2010, Exp. 2009-00639-01(PI), M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>12</sup> Aunque es bien sabido que la inspección, control y vigilancia de quienes realizan actividades de juegos de suerte y azar escapa del control de la superintendencia de Sociedades, lo cierto es que las figuras y conceptos en materia societaria, se rige por el derecho mercantil y de sociedades y, en tal sentido, resulta de gran importancia la ilustración que sobre el tema puedan dar los entes de control sobre asuntos mercantiles, como claramente lo dejó sentado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al decidir el conflicto de competencias entre las Superintendencias de Sociedades y Nacional de Salud, frente a la liquidación de la Sociedad Hipódromo de Techo S.A. de 22 de junio de 2006, en el que se aclaró que la competencia de las materias netamente societarias era de la Superintendencia de Sociedades, mientras que aquellos asuntos sobre la explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud era de la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 previó que la inspección, vigilancia y control del sector salud y de los recursos del mismo y de quienes cumplan las funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud es de la Superintendencia de Salud, pero que cuando es ajeno a la prestación del servicio corresponde a la Supersociedades, e indicó: *"La liquidación obligatoria como consecuencia del proceso concursal, es ajena a la prestación del servicio, su objeto es patrimonial toda vez que ordena realizar los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo; es judicial y se cumple a solicitud del deudor o por decisión oficiosa de la Superintendencia de Sociedades. En síntesis el proceso concursal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley 222 de 1995, constituye función jurisdiccional cuya competencia respecto de todas las personas jurídicas no sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación ha sido asignada, exclusivamente, a la*

Es innegable que los asuntos societarios tienen figuras que de una u otra forma determinan su aplicación en situaciones *sub júdice* a través de otros medios de control como es la pérdida de investidura.

Tanto la demanda como la contestación postulan en sus argumentos jurídicos la aplicación de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, el actor a fin de que se estructure con mayor fuerza la injerencia que el Senador tenía sobre las sociedades que hacían parte de Aposucre y el demandado para intentar justificar que la poca o exigua participación accionaria impide predicar empoderamiento societario que conllevara el estar incurso en la causal de pérdida de investidura.

El demandado argumentó que acostumbraba a ejercer sus derechos societario-políticos solo en lo que respecta a la asistencia a asambleas, para efectos de integrar el quórum deliberatorio, por ello el poder solo indica la facultad para asistir, sin voz ni voto. No obstante, el día 2 de julio de 2013 cuando la Asamblea Extraordinaria **por unanimidad** autorizó a su representante legal para celebrar el contrato de concesión para la explotación del monopolio del juego de chance en el departamento de Sucre, el ya Senador **actuó en forma directa en calidad de socio**, según consta en el Acta de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas 003-2013 de la fecha, obrante a folios 559 a 560 cuaderno 2.

Pero es que el tema de la subordinación en el derecho mercantil societario ha cobrado fuerza debido a que se requiere levantar el velo que permite aparentar que socios minoritarios carecen de posibilidad de decisión, cuando en realidad se advierte que logran controlar a la entidad directamente o con el concurso de otros. La figura, se regula bajo lo siguiente:

---

*Superintendencia de Sociedades, y difiere sustancialmente de la función administrativa de intervención forzosa que compete a la Superintendencia Nacional de Salud”, por lo que procedió a declarar competente a la Superintendencia de Sociedades para el conocimiento del trámite concursal de la sociedad Hipódromo de Techo S.A..*

*“ARTÍCULO 260. **Subordinación.** Subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.*

*ARTÍCULO 261. **Presunciones de subordinación.** Subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:*

*1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*

*2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*

*3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

*Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.*

*Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.*

De la norma transcrita, conceptualmente el asunto radica en el dominio o poder de decisión, en el que el legislador se ha visto en la necesidad de consagrar presunciones de hecho, desvirtuables claro está, mediante prueba en contrario, a fin de predicar que en realidad el control societario es desplegado por socios que individualmente no tendrían el poder para hacerlo.

Esas presunciones flanquean en tres aspectos principales: la parte económica o monetaria materializada en el capital “a más del 50%” que pertenezca a la matriz (numeral 1º) con el presupuesto de que sólo se cuentan las acciones con derecho a voto; la parte de determinaciones o

“*influencia dominante*”, esto es, el poder decisorio propiamente dicho a través de su mayoría en los órganos de administración: asamblea o junta de socios. En este se desliga del monto societario a fin de diferenciarse de la anterior y permite entonces que se mire desde el poder de todos los socios incluso de otras subordinadas (numeral 2°); y, el control contractual que ya no depende ni del capital a más del 50% ni del poder decisorio en sus órganos de decisión sino de la imposición de una compañía sobre otra o de personas naturales sobre la persona jurídica (numeral 3°).

Ha de resaltarse que la subordinación proviene o bien de una o varias personas naturales o bien de una o varias personas jurídicas, como claramente lo prevén los parágrafos 1° y 2° de la norma en cita.

Por eso es viable afirmar que el control o poder de una entidad comercial no necesariamente está dado por el porcentaje que individualmente cada uno de sus integrantes, persona natural o persona jurídica, tengan sino que también deviene de factores o presupuestos de otra índole. Como el poder decisorio en sus órganos directivos o el control contractual, esto para desvirtuar el argumento del demandado de su poca capacidad accionaria<sup>13</sup>.

Esto sin entrarnos en la figura del grupo empresarial -que se sabe requiere declaración constitutiva por el órgano de control- previsto en el artículo 28 de la Ley 225 de 1995 que presupone subordinación, pero además unidad de propósito y dirección entre las entidades, es decir, la consecución de un objetivo determinado, sin perjuicio de que cada integrante continúe con el desarrollo individual de su objeto social o actividad, lo cierto es que en su parte teórica resulta de gran apoyo a fin de entender como la escasa o poca participación accionaria como argumento para justificar que no se alcanzaría a alterar la voluntad de la sociedad no siempre en la realidad así acontece.

---

<sup>13</sup> En doctrina de la Supersociedades incluso se dice: “...*pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la ‘realidad’ del control, de tal manera que éste puede presentarse aún cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio*”.

De interés y de gran ilustración resulta la doctrina que la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado para diferenciar las figuras del grupo empresarial frente a la unidad de empresa:

*“...mientras que grupo empresarial es el conformado por dos o más entidades mediante un vínculo de subordinación y entre las cuales existe unidad de propósito y dirección, fijado por la matriz o controlante, que obedece a razones económicas y de mercado, la unidad de empresa responde a una sola explotación económica o a las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que desarrollan actividades similares, conexas o complementarias, que tengan trabajadores a su servicio; (...).*

*De lo expuesto se concluye que si bien en un grupo empresarial puede existir unidad de empresa no necesariamente aquella condición impone ésta, por cuanto corresponden a instituciones con fines y regulaciones diferentes” (oficio 220-5.007 de 4 de febrero de 1997).*

Es más la situación de control entre entidades comerciales no se detiene solo para los entes de control en la fría objetividad del capital, la decisión y la subordinación contractual, sino que trasciende a aspectos tan de las personas como los vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus accionistas unido al de sus participaciones en el capital social. En efecto, la Superintendencia de Sociedades, en este aspecto ha dicho: *“... el hecho de existir vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus accionistas, unido a que sus participaciones suman más del 50% del capital social, podría llevar a la conclusión de un control conjunto...”*<sup>14</sup>.

Y más adelante, en esa doctrina precitada, la entidad de control y vigilancia societaria añadió según su punto de vista desde la *praxis* comercial lo siguiente: *“...la realidad de los conglomerados en Colombia ha demostrado la gran importancia de la consagración del control conjunto no sólo en el campo de las situaciones de control... sino también en el universo de los grupos empresariales. En efecto, varios de los importantes conglomerados se han estructurado de la siguiente manera: una familia nuclear inicia operaciones comerciales a través de una sociedad en la cual padres e hijos son los únicos asociados con participaciones iguales, con el tiempo deciden ampliar el negocio y van constituyendo una pluralidad de sociedades*

---

<sup>14</sup> Doctrina de la Supersociedades contenida en Oficio 220-065692. Publicado el 22 de agosto de 2012 “Situación de Control, vínculos de consanguinidad”.

*cerradas sometidas al control de las mismas personas, se anuncian como grupo, son tratados en el medio comercial como grupo, existen evidentes coincidencias en cargos administrativos, así como innegables procesos de integración vertical u horizontal, aunque no se identifique una sola sociedad [NOTA DE LA SALA: o persona natural] que posea el control de las demás. Téngase en cuenta que como se analiza detalladamente en el libro de SOCIEDADES DE FAMILIA EN COLOMBIA, publicado por la Superintendencia de Sociedades, el 70% de las sociedades en Colombia son de familia, de tal manera la incidencia de este tipo de organizaciones en la conformación de los conglomerados es significativa”.*

En el *sub-lite*, dicente resulta detenerse en el contenido del acta de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Aposucre S.A. No. 003, llevada a cabo el 13 de julio de 2010, obrante a folios 251 a 252 del cuaderno 1, en la que el Representante Legal Joaquín García Hernández al describir la situación actual de la empresa indicó: “...esta empresa ha sido el resultado de la tesonera labor de un grupo de inversionistas, **incluida la familia Alfonso López...**” y luego propuso a los accionistas, adquirir las acciones que al momento poseía dicha familia, propuesta que aceptaron por unanimidad, comisionándose al señor García Hernández para que le comunicara a la familia Alfonso López, las intenciones de comprar las acciones y para que dicho grupo familiar presentara oferta económica sobre el valor de las acciones (fls. 251 a 252 cdno.1). Y en acta No. 004 de 28 de julio siguiente consta que el señor Jorge Luis Alfonso López manifestó no tener intención de vender sus acciones (fls. 253 a 254 cdno. 1).

Finalmente, el 21 de octubre de 2011, en el Acta de Asamblea Extraordinaria, el señor Jorge Luis Alfonso López ofreció en venta el 1.306.980 de acciones de su propiedad en la empresa Aposucre, las cuales conforme al art. 10 de los Estatutos deben ser cedidas por oferta primera a los accionistas, sin que se hubiera manifestado intención de compra. Tampoco hubo compradores en la Asamblea de 18 de noviembre de 2011, razón por la cual por unanimidad se aceptó que la propia empresa las adquiriera, aunque a 27 de enero de 2012, en el acta de Asamblea

extraordinaria, aún el referido señor figura como accionista participante con el mismo monto de acciones. El 8 de febrero de 2012 figura otra vez la oferta expresa de venta y manifiesta el precio y que dará facilidades de pago, a lo cual la empresa por unanimidad le aceptan y solicitan que el representante legal proceda a la protocolización de la compra-venta de acciones (fls. 265 a 266, 267 a 268, 269 a 270, 271 a 272 cdno. 1).

En la Asamblea de 17 de agosto de 2012, esas acciones pasaron a Aposucre S.A. (ver fls 273 a 274 cdno. 1), sin que cronológicamente se tenga prueba de que el Senador demandado hubiera dejado de ser socio de Aposucre S.A., de hecho en el acta de 2 de mayo de 2013 aún figura con 217.500 acciones, equivalente al 7,25% con un valor nominal de 217.500.000,00. (veáse acta 002-2013, fls. 275 a 277 cdno. 1).

Así las cosas, no solo la norma constitucional (art. 180 num. 3) que consagra la incompatibilidad que apoya la presente solicitud de pérdida de investidura consistente en intervenir en la celebración de contratos ante las entidades públicas, no cualifica en materia societaria si es mayor o menor o exigua la participación accionaria, desde el punto de la aplicación armónica de las normas tampoco la regulación mercantil y societaria en materia del control de la sociedad ni del poder decisorio ni de la subordinación societaria es indispensable ni indefectible hacer valoración de si la participación es mayor o menor, precisamente porque el capital en un porcentaje mayor al 50% es solo una de las posibilidades, pero no la única, para entender que se está frente a alguna injerencia de sus integrantes en los destinos de la sociedad.

De tal suerte que el mayor o menor control que pueda ejercerse sobre una sociedad, debe analizarse conforme a las probanzas que figuren en cada proceso y para cada caso en particular.

### **5.3. CASO CONCRETO**

De conformidad con el criterio jurisprudencial fijado por esta Sala, en relación con la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades por haber intervenido en la celebración de un contrato con una entidad estatal y frente a las pruebas aportadas al proceso, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

-En el año 1988 se constituyó la empresa Aposucre S.A. transformándose posteriormente en el año 2001 en una sociedad anónima<sup>15</sup>, representada legalmente desde el 2005 por el señor Joaquín Enrique García Hernández.

Entre algunos de los socios de la compañía, desde su creación hasta el 24 de julio de 2013, se encontraban **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** con un 7,25%, la misma Aposucre S.A. con un 43,5% y la sociedad Unicat S.A. con un 6%. A su turno, en el 2003 se conformó la sociedad unipersonal Unicat, modificando su naturaleza en el año 2008 a sociedad anónima, entre cuyos socios hasta el 29 de julio de 2013 se encontraba el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**.

---

<sup>15</sup> Sobre las dos clases de sociedades anónimas, véase sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 27 de febrero de 2008. Exp. D-6885. Actor: Alfredo Beltrán Sierra. M.P. Dr. Manuel José Cepeda, en la que la Corte declaró exequible el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, en la que se trató el tema de las sociedades anónimas abiertas y cerradas. En esa oportunidad, el Alto Tribunal indicó: “3. *Clases de sociedades anónimas. Diferencias relevantes y constitucionalmente trascendentales. Consagra la legislación colombiana dos clases de sociedades anónimas. Ambas, por ser anónimas, guardan en común esencialmente el elemento asociativo, el ánimo de lucro, la limitación de la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus respectivos aportes y la forma en que está constituido el capital social, es decir, en acciones. **La diferencia entre unas y otras sociedades anónimas reside justamente en que dichas acciones sean o no negociadas en el mercado público de valores. En adelante -acogiendo una estipulación doctrinaria que no pretende zanjarse en esta providencia- se denominará sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y cerrada la que no lo hace.** La Ley 80 de 1993, en su artículo 8, literal d), se refiere al término de sociedad abierta, sin definirlo al consagrar una inhabilidad para la contratación con el Estado... El Decreto 679 de 1994 “por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993”, definió lo que habría de entenderse por sociedad anónima abierta en los siguientes términos: ‘artículo 5. Definición de sociedades anónimas abiertas. Para efectos de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1°. Tengan más de trescientos accionistas. 2°. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3°. Que sus acciones estén inscritas en la bolsa de valores. Corresponderá al revisor fiscal de la respectiva sociedad certificar que la misma tiene el carácter de anónima abierta para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993’.*”



De lo anterior resulta claro que el ahora demandado, mientras fungió como Senador de la República, hacía parte y era socio de la empresa Aposucre S.A. tanto de manera directa, como de forma indirecta a través de su participación en 255.000 acciones en la sociedad Unicat (correspondientes al 8,5%) que era socia a su vez de la primera y según quedó esbozado por el representante legal en una de sus Asambleas Extraordinarias la empresa en mención ha sido sustentada en el esfuerzo de la familia Alfonso López y es claro que en ambas entidades societarias siempre hay más de una persona que coincide en los apellidos, ello para evitar, pues es inane, el ingresar a la discusión de las pruebas de las relaciones de parentesco, pues como ya se vio el control de una sociedad tiene muchas y diversas formas de surgir.

Ha de recordarse que en el mes de mayo de 2013 la Empresa Comercial de Juegos, Suerte y Azar – EMCOAZAR- de Sucre, inició los trámites para estructurar el proceso de licitación con el propósito de seleccionar el concesionario para la explotación y operación del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Sucre, proceso en el que intervino la sociedad Aposucre S.A. y que ya en la asamblea extraordinaria de accionistas del 2 de julio de 2013, de la que hizo parte el demandado a través de su apoderada, se autorizó de manera unánime a su representante legal para suscribir el respectivo contrato hasta por la suma de siete mil millones de pesos.

En consecuencia, el ahora demandado **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** tanto por su participación en la sociedad Aposucre S.A. como en la empresa Unicat S.A., intervino activamente y manifestó su voluntad en la configuración del contrato que posteriormente se suscribiría con la empresa EMCOAZAR para la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar del Departamento de Sucre y en las certificaciones de movimientos accionarios están vendiendo y comprando sus participaciones, al parecer, a personas cercanas familiarmente.

-Si bien tanto en la asamblea de accionistas de la sociedad Aposucre S.A. celebrada el 24 de julio de 2013 como en el registro de traspaso de acciones se evidencia que el demandado vendió su participación accionaria en tal empresa, así como igual operación realizó sobre sus acciones en la sociedad Unicat S.A. el día 29 de julio del mismo año, lo cierto es que los movimientos accionarios tan solo acontecieron pocos días antes de suscribirse el contrato LP-EMC- 001 de 2013 con la empresa EMCOAZAR, pero mucho tiempo después de haber obtenido su curul senatorial (18 de julio de 2010), olvidando que, la gestión y actividad previa del Senador demandando fue efectiva, evidente y pública en aras de suscribir el contrato para la explotación de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Sucre, al participar, sin que sea claro si por intermedio de su apoderada o no, en la autorización plena y unánime del representante legal de Aposucre S.A. para realizar el negocio jurídico con EMCOAZAR, transgrediendo la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 180 constitucional.

Como se advirtió en precedencia, para la jurisprudencia de la Corporación lo importante no es la suscripción y mucho menos la ejecución del contrato sino, que siendo Congresista, 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 pre contractuales encaminadas indiscutiblemente a la firma de un acuerdo.

Tampoco encuentra eco la argumentación de su exigua participación accionaria en la sociedad contratista, pues ello constituye un aspecto sesgado de la real situación del Senador al interior de la sociedad contratista y de otra de sus socias como es la sociedad Unicat S.A. de la cual también era socio y olvidando que relaciones cercanas parentales evidenciaban que el control societario y decisorio no le era extraño.

En el caso examinado, no resulta ajeno para la Sala que el señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** siendo simultáneamente Senador de la República y socio de las compañías Aposucre S.A. y Unicat S.A. autorizó,

mediante su voto como socio, en una asamblea de accionistas celebrada el 2 de julio de 2013, al representante legal de la primera de ellas para que suscribiera un contrato con una entidad pública empresa industrial y comercial de carácter departamental incurriendo en una flagrante incompatibilidad que por fuerza conlleva la desinvestidura como Congresista de la República. Ha de recordarse, que la decisión fue unánime, como se relata en el acta 003-2013 (ver folios 559 a 560 cdno. 2).

Sobre el tema objeto de debate, la Ley 643 de 2001 *“Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar”* define el monopolio como *“la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”* (art. 1°) y son titulares de las rentas de ese monopolio los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios (art 2°). Para efectos de las modalidades de operación está: i) la forma directa que realizan los departamentos y el Distrito Capital, a través de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público (art. 6°) y ii) mediante terceros, que se realiza mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993 que realizan personas jurídicas en virtud de autorización y que se celebran con las entidades territoriales, con las empresas industriales y comerciales del Estado de las entidades territoriales o con las sociedades de capital pública autorizadas para tales efectos o con cualquier persona capaz en virtud de autorización de ley (art. 7°).

Para el caso concreto del chance<sup>16</sup> o apuesta permanente, el legislador del 2001 determinó que la respectiva explotación le corresponde a los

---

<sup>16</sup> Definido en el artículo 21 de la Ley 643 de 2001 como la modalidad de juego de suerte o azar en la que el jugador en formulario oficial y en forma manual o sistematizada indica tanto el valor de la apuesta como el número que es máximo

Departamentos y al Distrito Capital, como arbitrio rentístico. Puede realizarse o bien **directamente**, o bien mediante **Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías** o por intermedio de Sociedades de Capital Público Departamental. También se prevé que se puede operar por medio de terceros seleccionados mediante licitación pública por espacio de cinco (5) años (art. 22).

En este caso, EMPOAZAR<sup>17</sup> (Empresa Comercial de Juegos Suerte y Azar) es una empresa industrial y comercial del orden departamental, del nivel descentralizado<sup>18</sup>, cuyo objeto es ejercer el monopolio rentístico de juego de suerte y azar en el Departamento de Sucre y se rige en materia contractual por la normativa propia de las entidades estatales, concretamente por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, la Ley 643 de 2001 y sus decretos reglamentarios, como consta en los contratos 003-2008, obrante a fls. 46 a 53 del cuaderno 1.

Ahora bien, otro punto a tener en cuenta es el argumenta del demandado atinente a que otorgó poder a Doris Jarava Lozano para que asistiera en su nombre a la Asamblea Extraordinaria de Socios, documento que reposa a folio 578, lo cierto es que el Acta de la Asamblea no registró tal mandato y se advierte que dentro de los asistentes figura la presencia del Senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** con 217.500 acciones (7,25%), sin que haya constancia en el acta del mandato otorgado por quienes levantaron el acta (Presidente y Vicepresidente) y en cambio a quien dice le otorgó poder: la señora Doris Jarava Lozano posee 39.540 acciones (1,32%) y se reitera

---

de cuatro dígitos, el cual si coincide con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado, gana el premio.

<sup>17</sup>Verificado en:

[www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/homeMinhacienda/asistenciaentidadesterritoriales/Sucre/viabilidadfiscal/](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/homeMinhacienda/asistenciaentidadesterritoriales/Sucre/viabilidadfiscal/). Documento: "Informe de viabilidad fiscal del departamento vigencia 2012" de la Dirección General de Apoyo Fiscal – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Capítulo Departamento de Sucre. Pág. 1 y en la página oficial del Departamento de Sucre [www.sucre.gov.co/Entidades\\_descentralizadas/](http://www.sucre.gov.co/Entidades_descentralizadas/). Última actualización de la página el 1° de junio de 2012.

<sup>18</sup> Así lo refiere el exgerente de EMCOAZAR señor Edwin Armando Romero Ángel, quien en su audiencia de testimonio, obrante en cd folio 393 del cuaderno 1 indicó la naturaleza jurídica de EMCOAZAR e hizo referencia al proceso licitatorio LPEMC 001-2013, el cual dijo estuvo sometido a la Ley 80 de 1993.

que el acta dice que la autorización para contratar fue otorgada en forma **unánime**.

En este aspecto debe tenerse claro que en efecto obra un escrito de poder otorgado por el senador a la señora Jarava y el testimonio del gerente y representante legal de APOSUCRE S.A., el señor Joaquín Enrique García Hernández, quien en su dicho obrante en cd folio 393 del cuaderno 1 indicó en forma genérica que el Senador nunca asistía a las reuniones de la Asamblea y que se hacía representar por poder, sin que se advierta de su dicho el porqué en el acta de Asamblea de 2 de julio de 2013 no figura constancia de la representación por poder a nombre del Senador ni la razón por la cual el Senador Julio Alfonso López y la señora Doris Jaraba Lozano figuran individualmente como accionista participantes en dicha Asamblea.

Ha de recordarse que a lo largo del trámite el Senador demandado no tachó de falsa el acta ni puso en entredicho su contenido, tampoco se advierte probado que haya hecho uso del trámite de impugnación de decisiones de la Asamblea o Junta de Socios, prevista en el artículo 191 del Código de Comercio, que a la letra dice: *“Los administradores, los revisores fiscales y **los socios ausentes o disidentes** podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción”*.

Además, es claro que conforme los artículos 28 numeral 7 del Código de Comercio que impone la inscripción de las actas de asamblea en el registro mercantil, 189 ibídem que dispone que las decisiones adoptadas en la asamblea se hagan constar en actas aprobadas, en las que debe indicarse la forma en que fueron convocados los socios, **los asistentes** y los votos emitidos en cada caso, **siendo prueba suficiente de los hechos que consten en ellas**, mientras no se demuestre la falsedad del acta. Tanto así

que a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en ellas.

Todo lo anterior, permite a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, aplicando el principio de la sana crítica, dar pleno valor a lo que consta en el Acta de Asamblea y dar mayor preponderancia a ésta frente al memorial poder y al etéreo testimonio del representante legal de APOSUCRE S.A.

-Por otra parte de las sucesivas actas de asambleas de la sociedad Aposucre S.A. se extrae que, la participación del señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** entre los años 2010 y 2013 en la empresa fue activa, bien fuera directamente o a través de apoderado, quien, en gracia de discusión, por cuanto en el plenario sólo obran fotocopias simples sin ningún tipo de presentación personal o autenticación de firmas, actuó a nombre del ahora demandado. El otorgamiento del mandato, contrario a lo afirmado por el apoderado del encartado en las alegaciones, no sólo autorizaba a la apoderada para asistir a las asambleas sino para ejercer todas las facultades inherentes al mandato societario, sin ninguna restricción conforme se deduce del artículo 184 del Código de Comercio en concordancia con los artículos 832 a 844 de la misma codificación, como en efecto se manifiesta en la misma acta de asamblea del 2 de julio de 2013, en la cual la autorización al representante legal se dio de manera unánime por los asistentes, atendiendo al quórum y a la votación válidamente efectuada.

Además, la venta de acciones de propiedad del Senador se demostró sí, pero se llevó a cabo en fecha posterior a esa autorización de contratación que fue el 2 de julio de 2013, mientras que la venta de acciones se suscribió el 23 de julio siguiente, tal y como se observa a folios 306 a 309 del cuaderno 1 se encuentra el Acta de Asamblea de Accionistas del 24 de julio de 2013 de la sociedad APOSUCRE S.A. en la cual se manifiesta la voluntad de la empresa de comprar la participación que el accionista **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** tiene en ella, operación que quedó plasmada en el libro de registro de acciones con fecha 25 de julio de 2013

(fl. 305 cuaderno 1) y en la minuta del contrato de compraventa de acciones (fls. 308 a 309 cdno. 1).

Aunado a lo anterior, dicente resulta que el mismo Senador hubiera plasmado en el registro de intereses y actividades privadas su calidad de socio en las empresas Aposmar S.A., Invetnia S.A., Uniapuestas S.A., UNICAT S.A. y APOSMAR S.A. (fl. 159 cdno. 1) y fungiendo ya como Congresista mal podía autorizar con su voto la celebración de un contrato que en efecto se suscribió para la concesión de juegos y apuestas en el departamento de Sucre y cuyo contratante es una empresa industrial y comercial del Estado del nivel departamental EMCOAZAR, encargada de transferir los derechos de explotación de los juegos de suerte y azar.

Para la Sala, las conductas que antecieron en tiempo inmediato a la celebración del contrato de concesión para la explotación del monopolio del chance y la forma como se desarrollaron al interior de la sociedad Aposucre S.A., aunado a la participación accionaria del demandado en forma directa y como accionista de la sociedad Unicat S.A., a la composición accionaria de su entorno familiar cercano y al desenvolvimiento de las negociaciones de las acciones, evidencian que el senador **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** tenía plena conciencia y conocimiento de que se encontraba en situación constitutiva de incompatibilidad, en tanto siendo Senador prestó su *animus* y su voluntad para autorizar y celebrar el contrato, así que el *affectio societatis* y su consentimiento como socio accionista convergieron en el propósito contractual concurrente con su desempeño como congresista.

El haber participado activamente en su calidad de socio en la discusión y decisión (en la Asamblea de Accionistas) de haber votado a favor de que Aposucre S.A. participara en la licitación pública dirigida a la celebración del referido contrato de concesión con entidad pública es lo que amerita la declaratoria de pérdida de investidura, por cuanto era suficiente para incursionar en la conducta de incompatibilidad mencionada.

Además, es innegable que las etapas precontractuales y contractuales (pliego de condiciones, la oferta conforme a aquel y contrato) y obviamente la autorización del órgano social correspondiente, para licitar y celebrar contrato cuando esta se requiere, como acontece en las sociedades comerciales, conforman una unidad interpretativa por lo general inescindible en materia contractual, como de antaño lo ha considerado la Corporación al conocer de los procesos contractuales, al analizar cómo en grado sumo las actividades desplegadas antes del contrato dan alcance y moldean el negocio jurídico celebrado<sup>19</sup>.

Lo expuesto permite concluir sin que se requiera consideración adicional, que existen razones suficientes para decretar la pérdida de investidura del señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ** por haber transgredido el numeral 2º del artículo 180 de la Constitución Política, que por las razones expuestas y las probanzas no puede ser desvirtuada con argumentos como su poca participación accionaria, o la supuesta representación por mandato sin voz ni voto cuando se autorizó en forma unánime la contratación en fecha posterior a su elección como Senador o a que había vendido las acciones que le eran propias, pues ello aconteció tiempo después de la autorización para contratar la concesión de los juegos de suerte y azar “*chance*” en el Departamento de Sucre.

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

---

<sup>19</sup> En efecto, en sentencia de 24 de julio de 2013, la Sección Tercera consideró la importancia e injerencia de los actos precontractuales en el contrato, como se lee en el siguiente aparte: “(...) el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina en procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas... se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública;... todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo... entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre el último”. Exp. 1998-00833-01 (25642). Actor: Andina de Construcciones Ltda. Demandado: Municipio de Rionegro y otros. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.



**F A L L A:**

**DECRÉTASE** la pérdida de la investidura del señor **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, Senador de la República para el periodo 2010-2014, que para el efecto demandó el ciudadano Rafael María Merchán Álvarez.

Comuníquese la decisión a los Ministerios del Interior y de Justicia, al Consejo Nacional Electoral y a la Mesa Directiva del Senado de la República.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

**Luis Rafael Vergara Quintero**  
Presidente

**Hernán Andrade Rincón**

**Gerardo Arenas Monsalve**

**Hugo Fernando Bastidas Bárcenas**

**L. Jeannette Bermúdez Bermúdez**  
Aclara voto

**Martha Teresa Briceño de Valencia**

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**María Elizabeth García González**

**Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez**

**Jorge Octavio Ramírez Ramírez**  
Salva voto

**Danilo Rojas Betancourth**

**María Claudia Rojas Lasso**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**Jaime Orlando Santofimio Gamboa**  
Aclara voto

**Olga Valle de De La Hoz**

Guillermo Vargas Ayala

Alberto Yepes Barreiro

Carlos Alberto Zambrano Barrera

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**ACLARACION DE VOTO**

**Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01621-00(PI)**

**Actor: RAFAEL MARÍA MERCHÁN ALVAREZ**

**Demandado: HECTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO – LUCY JEANNETTE BERMUDEZ B.**

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, por cuanto se han demostrado los supuestos probatorios necesarios para acreditar la causal invocada de pérdida de investidura deprecada por el señor Rafael María Merchán contra el Senador de la República **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, considero importante reiterar, por vía de esta aclaración, mi posición sobre cómo opera el elemento subjetivo y objetivo como presupuesto fundamental para el estudio del referido medio de control<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> En otras oportunidades también he sostenido que los elementos subjetivo y objetivo sirven para diferenciar los medios de control de pérdida de investidura y la nulidad electoral. Por otra parte, la acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un **acto administrativo** (de elección, nombramiento, designación), el de pérdida de investidura es un juicio estrictamente sancionatorio en el que se juzga si un miembro de corporación incurrió en alguna de las causales que el constituyente o el legislador, según el caso, ha señalado como constitutiva de tal situación. Así, de entrada se observa que mientras en un caso el juzgamiento recae sobre un **acto**, en el otro recae sobre la **conducta** que ejecutó una persona.

He sostenido de tiempo atrás que el carácter sancionatorio es connatural a la pérdida de investidura, en tanto se desarrolla sobre la conducta y responsabilidad personal de investido y en el que no cabe una interpretación objetiva, como sí acontece en el juicio contra la presunción de legalidad del acto administrativo de designación.

Así pues, cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, imperativo se torna precisar si al aplicar la normativa es suficiente la demostración de la simple *causalidad material* entre la acción y el resultado, como origen indefectible de la sanción que prevé el dispositivo.

No obstante, el primer interrogante que surge en la aplicación de esta normativa, es el de considerar, si para ello es suficiente la demostración de la simple *causalidad material* entre la acción y el resultado, y que establecida esta relación de causalidad, de contera surge la imposición de la consiguiente sanción, o si *contrario sensu*, lo que se impone es establecer en primer orden, bajo la comprensión de la norma completa, su real naturaleza jurídica, para a partir de ello, determinar si a la manera de las llamadas ciencias exactas, es suficiente para la imputación del resultado típico la simple causalidad material del mismo por parte de su autor.

He de recordar que la pérdida de investidura emana del Estado no como una manifestación general y abstracta, sino en ejercicio del poder punitivo, esto es, del *ius puniendi*, del que es titular, y que precisamente, por ello esa consecuencia, no es nada distinto a una sanción, a una pena, tanto en sentido formal como material.

Siendo ello así, no queda duda que la incursión en alguna causal de pérdida de investidura, inhabilidad o conflicto de intereses genera una sanción, y que por tanto, esta sanción administrativa, se ubica dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, lo cual impone, por ende, que la interpretación y aplicación de esta normativa encuentra fuente expresa en la propia Constitución Política y sea, bajo este marco fundamental que deban llevarse a cabo, habida cuenta que de conformidad con su artículo 29: "**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas**" y "**Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio**", lo cual significa que el Derecho Sancionador, es por mandato constitucional de *acto*<sup>21</sup> y no de autor, es decir, que no es suficiente acudir a la

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional. C-239 de 1997. "**a. La Constitución colombiana consagra un derecho penal del acto, que supone la adopción del principio de culpabilidad.** El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al **acto** que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por **un derecho penal del acto**, en oposición a un **derecho penal del autor**."

simple *causalidad material* para inferir responsabilidad al implicado en estos casos, sino que es imprescindible tener en cuenta el “**acto que se le imputa**”, esto es la conducta que realiza. Y esto que significa?. Nada más ni nada menos, que se impone reconocer que la ley no está regulando en estos eventos simples fenómenos causales, sino **actos humanos, acciones**, y que como tales, están integradas por una parte cognoscitiva y otra volitiva, siendo aquella la que le permite a la persona conocer y esta última determinarse de acuerdo con ese conocimiento, que necesariamente va dirigido a un determinado fin, esto es, que aquí no se trata de meros procesos causales sino de acciones dirigidas por la voluntad.

Se impone, entonces, así, reconocer que el supuesto de hecho contenido de la prohibición o del mandato, está conformado por un aspecto objetivo y uno *subjetivo*, el primero remitido a la exteriorización de la conducta prevista en el tipo legal y el segundo, -que aquí se trata en segundo lugar para facilitar la exposición-, por cuanto es el aspecto que exige ser tratado con mayor extensión, esto es, el *subjetivo*.

En efecto, ese Derecho Sancionatorio por mandato constitucional es un derecho de *acto*, así resulta incuestionable entender que los comportamientos que realicen quienes incurran en alguna de las inhabilidades, incompatibilidad o conflicto de intereses, son *conductas*, conforme lo viene entendiendo la jurisprudencia y la doctrina al aplicar esta disposición del artículo 29 de la Constitución Política en todos los campos, pues, no está por demás recordar, que esta expresión quedó así consagrada en la Carta no para significar nada distinto que una **conducta**, sino que al no ser aprobado el conjunto de disposiciones que se propusieron a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente por la Comisión encargada de presentar las ponencias referidas a la justicia, y en las cuales se pretendía constitucionalizar todo un conjunto de principios que regularan y garantizaran los juzgamientos sancionatorios, partiendo de la exigencia de la conducta para que sea posible su comisión, pasando por el postulado de la previa tipicidad, la

---

*Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.*

*Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual **sólo puede llamarse acto al hecho voluntario**.*

*La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe”.*

consiguiente antijuridicidad de la acción, esto es que con ella se pusiera en peligro o se vulnerara un bien jurídico legalmente tutelado, y de suyo, y como consecuencia de un **derecho sancionatorio de acto**, fuere predicable la *culpabilidad* en su autor; todo acompañado de la exigencia de un juez natural y del debido proceso, entre otros, se optó por dejar sustancialmente el texto que se consagraba en el artículo 26 de la Constitución de 1886, por considerarse que en esa disposición se estaban consagrando los principios que básicamente garantizaban un juzgamiento sancionador.

De ahí que, el término “**acto**” consagrado en el referido artículo 29 de la vigente Carta Política, deba, hoy por hoy, entenderse como referido a la **conducta**, pues de lo contrario, deberíamos colegir, que la Constitución está mutando la conducta infractora, para sancionar únicamente una parte de ésta, pues, una conducta puede, y generalmente, esto ocurre, está integrada por diversos actos.

Así, entonces, la ley al regular los comportamientos que impliquen la pérdida de investidura, no está regulando meros fenómenos causales, sino **conductas**, y así parezca redundante decirlo, “**conductas humanas**”, esto es, que esos comportamientos no pueden ser considerados únicamente en su resultado, en la mutación del mundo exterior, sino que ese resultado corresponda al conocimiento que haya tenido de la prohibición o del mandato típico, es decir, que se cumpla con el elemento cognoscitivo indispensable en el actuar, en cuanto es el que le permite al ser humano conocer y comprender la acción que va a exteriorizar, siendo de acuerdo con ese conocimiento que dirige su voluntad con el fin de lograr el fin propuesto, ejecutándose así la conducta que engloba estos dos elementos.

Corresponde, ya en materia jurídica determinar si esa conducta se adecúa a la mandada o prohibida por ley sancionatoria, para lo cual, se impone por parte del juzgador demostrar si la persona que lo realiza, en este caso un Senador, estaba en posibilidad de conocer el objeto de la prohibición y si efectivamente la conoció, procediendo de acuerdo con ese conocimiento a exteriorizar su conducta, adecuándola al supuesto de hecho previsto en la norma objeto de presunta violación, **no resultando, por ende, suficiente la consideración objetiva de la exteriorización de la acción, pues un tal proceder, significaría que el legislador no prohíbe “conductas humanas”, sino únicamente procesos causales, propios de las ciencias experimentales**, para cuyo estudio lo que interesa es precisamente eso, el resultado fáctico y no el aspecto subjetivo de quien realiza el fenómeno.

En estas condiciones, teniendo como fuente directa la Constitución Política del Estado, la única posibilidad jurídica que existe de valorar esta clase de conductas es la de comprenderlas dentro del contexto de un *Derecho Sancionatorio de acto*, del cual emana la culpabilidad, respecto de la cual la misma norma constitucional en cita, el referido artículo 29, la exige, al determinar que “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”, siendo así plenamente coherente en su regulación, pues deja proscrita la simple responsabilidad objetiva, para exigirla culpabilista, la cual se elimina, imposibilitando elevar juicio de reproche alguno contra el presunto infractor, como

cuando éste yerra frente al aspecto objetivo del tipo, esto es, del supuesto de hecho previsto en la norma, distanciando el contenido del mandato o de la prohibición del conocimiento que éste le haya dado al mismo, incurriendo así en lo que se conoce como un *error de tipo*.

De ahí que resulte reñido con la Constitución el considerar que la pérdida de investidura procede *objetivamente*, o sea, sin tener en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta, acudiendo exclusivamente al *resultado*, pues un tal proceder termina desconociendo la conducta en sí misma, que es la que prohíbe o manda la preceptiva legal, pues la infracción consiste en desconocer el régimen de inhabilidades, de incompatibilidades o de conflicto de intereses, es decir, en realizar una conducta que lleve a su autor a infringir ese precepto, pues, en ninguna otra forma puede llegar a hacerlo, no lo puede ser como consecuencia de un fenómeno físico, sino de un actuar humano, que para lograrlo debe primero conocer la prohibición o el mandato típico y luego determinarse de acuerdo con ese conocimiento, esto es, realizando una conducta, toda vez que la ley no regula fenómenos físicos sino conductas.

Así, comenzando por las causales de inhabilidad es claro que nadie de manera inconsciente, casual o descuidada haya podido ser condenado por un delito doloso o preterintencional, porque tales modalidades delictivas imponen el conocimiento de la acción y sus consecuencias, pero, además, tampoco podría afirmar que no sabía de su condena porque así ella se hubiere proferido en su ausencia (antes reo ausente, hoy persona ausente), al menos antes de iniciar el proceso tendiente a inscribir su nombre para ser considerado en las elecciones habría conocido de tal acontecer y, si a pesar de ello se sometió al escrutinio popular, lo hizo de manera consciente de estar incurriendo en causal de inhabilidad generadora de pérdida de investidura.

Si del ejercicio de empleo público investido de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar se trata, es claro que sólo quien ha estado en pleno uso de sus facultades mentales ha podido ejercer tal ministerio, por lo que de ser elegido bajo esta circunstancia no podrá afirmarse nada diferente a la clara conciencia del hecho, esto es el aspecto subjetivo de la acción.

He de reiterar, entonces, que la pérdida de investidura es una acción de carácter sancionatorio, en la que la **responsabilidad es personal** en la que se debe contar con el elemento subjetivo de la conducta humana, que se traduce en la culpabilidad, por cuanto en materia sancionatoria no puede haber responsabilidad objetiva, por estar ella proscrita por el artículo 29 constitucional.

Por lo tanto, en orden a determinar el real sentido de este conjunto normativo, y por ende, su horizonte de proyección, los supuestos de hecho previamente normados, imponen a su infractor una sanción, integrando, en esta forma, normas, de las denominadas, completas, lo cual significa que frente a los casos concretos objeto de juzgamiento, es igualmente, imprescindible establecer el autor de una de tales conductas, a quien se impone imputarle jurídicamente el resultado obtenido,

siendo éste sujeto de la sanción correspondiente, que para este caso es la pérdida de investidura.

En efecto, lo que le da el carácter de sanción a una consecuencia jurídica es la afectación de derechos que el Estado le impone a quien ha infringido uno de los mandatos o de las prohibiciones que previa regulación ha dispuesto, para cumplir con sus fines, siendo por ello necesario traspasar el análisis formal de la norma, para que recuperando su contenido material, se parta de considerar que la consecuencia jurídica que implica su infracción, es emanada del Estado no como una manifestación general y abstracta, sino que lo hace en ejercicio de su poder punitivo, esto es, del *ius puniendi*, del que es titular, y que precisamente, por ello esa consecuencia, no es nada distinto a una sanción, y que si se quiere ser más precisos, de una pena, tanto en sentido formal como material, pues, esa -como ya se dijo- no es nada diferente a la afectación a un derecho del que es titular el infractor, la cual impone el Estado ante el incumplimiento a una prohibición o a un mandato, cuyo acatamiento le era exigible como destinatario de esa exigencia.

En síntesis, cuando de conductas tipificadas como causal de pérdida de investidura se trata es imperativo -por mandato Constitucional- tener en cuenta el aspecto subjetivo de ese "acto" típico y, en consecuencia, descartar de plano la responsabilidad objetiva que ha proscrito la Carta para el derecho sancionador.

Así, comenzando por las causales de inhabilidad es claro que nadie de manera inconsciente, casual o descuidada haya podido ser condenado por un delito doloso o preterintencional, porque tales modalidades delictivas imponen el conocimiento de la acción y sus consecuencias, pero, además, tampoco podría afirmar que no sabía de su condena porque así ella se hubiere proferido en su ausencia (antes reo ausente, hoy persona ausente), al menos antes de iniciar el proceso tendiente a inscribir su nombre para ser considerado en las elecciones habría conocido de tal acontecer y, si a pesar de ello se sometió al escrutinio popular, lo hizo de manera consciente de estar incurriendo en causal de inhabilidad generadora de pérdida de investidura.

Si del ejercicio de empleo público investido de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar se trata, es claro que sólo quien ha estado en pleno uso de sus facultades mentales ha podido ejercer tal ministerio, por lo que de ser elegido bajo esta circunstancia no podrá afirmarse nada diferente a la clara conciencia del hecho, esto es el aspecto subjetivo de la acción.

Así pues, cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, imperativo se torna precisar tanto el precepto, en el que se contiene la descripción típica de la conducta que genera el reproche, como la consecuencia que la incursión en ella genera que en este evento es la sanción de pérdida de investidura.

Y considero que puede predicarse de cualquiera otra de las circunstancias tipificadas por los artículos 179, 180, 182, 110 y 122 de la Carta Política, en donde se consagra claramente la consecuencia de pérdida de investidura para los congresistas, pues todas ellas llevan ínsito el elemento subjetivo, pero en todo caso quedaría abierta la posibilidad para que con el rigor probatorio que corresponde, se pudiese presentar algún insólito y extraordinario evento en el que resulte demostrada alguna circunstancia exonerativa de responsabilidad en materia de pérdida de investidura.

En los términos anteriores, dejo presentada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera de Estado**



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**ACLARACION DE VOTO**

**Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01621-00(PI)**

**Actor: RAFAEL MARÍA MERCHÁN ALVAREZ**

**Demandado: HECTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO – JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.**

Contenido: Introducción; 1.- La pérdida de investidura de congresistas como juicio de responsabilidad sancionatoria constitucional, 1.1.- el elemento subjetivo en la estructuración de las causales de pérdida de investidura, 1.2.- el elemento de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura, 1.3.- conclusión y 2.- análisis del caso en concreto.

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto del fallo proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 28 de julio de 2015.

Aunque compartí la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, considero necesario aclarar el voto en cuanto al análisis jurídico de la pérdida de investidura, dado que se hace necesario dotar de mayor contenido sustantivo la estructuración de las causales de pérdida de investidura no solo desde una perspectiva objetiva sino también subjetiva (a título de dolo) y también se requiere abordar un juicio de proporcionalidad entre la conducta juzgada y la sanción a imponer. Así, la pérdida de investidura debe desarrollar elementos funcionales y proporcionales que la hagan acorde con la finalidad para la cual fue concebida por el constituyente, garante de los derechos de quienes son sujetos pasivos de dicha acción y proporcional en la aplicación de la sanción prevista en la Norma Superior.

**1.- La pérdida de investidura de congresistas como un juicio de responsabilidad sancionatoria constitucional.**

La acción de pérdida de investidura, establecida en la Constitución Política en los artículos 183 y 184 y desarrollada a nivel legislativo en la Ley 144 de 1994, se comprende como una especie de juicio sancionatorio de carácter constitucional en virtud del cual un

órgano judicial en única instancia (la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado) verifica la configuración de alguna de las causales de desinvestidura de los Congresistas y, en consecuencia, imputa a dicho actuar la sanción jurídica prescrita en la Carta Política que no es otra que la pérdida, intemporal, del derecho político pasivo de ser elegido para un cargo público de elección popular.

Queda fuera de toda duda que la pérdida de investidura corresponde a un procedimiento de carácter estrictamente judicial no solo porque el conocimiento del asunto se encomienda a un órgano (particularmente una Sala con funciones judiciales) que materialmente integra dicha rama del poder público<sup>22</sup> sino, más importante aún, por cuanto el razonamiento que tiene lugar al momento de adoptar la decisión de desinvestidura debe estar amparada en argumentos de estricto rigor jurídico.

Siendo entonces un proceso de carácter judicial, es preciso reitera que el deber de motivar una decisión judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Desde la primera de éstas, los artículos 8 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial permiten establecer los lineamientos generales a partir de los cuales se consagra el ejercicio de una labor judicial garante de los Derechos Humanos.

En el campo específico del deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”<sup>23</sup>. **La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.***<sup>24</sup> (Resaltado propio), justificándose esta exigencia de los funcionarios judiciales en el derecho que tienen los ciudadanos de ser juzgados “por las razones que el derecho suministra”<sup>25</sup> además de generar credibilidad de las decisiones judiciales en un Estado que se precie de ser democrático.

A su turno, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la falta de motivación siquiera mínima de motivación de una decisión judicial lleva a decir que ésta *“reproduce las*

---

<sup>22</sup> La Corte Constitucional en varios fallos ha reiterado ello al sostener: “Esta Corte ha señalado que la pérdida de investidura encarna el ejercicio de una función típicamente jurisdiccional, de competencia del Consejo de Estado, en cuanto concierne a su declaratoria (artículo 184 C.P).” Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994. Reiterado, entre otras, en C-247 de 1995 y C-254A de 2012.

<sup>23</sup> Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, Case of Hadjianstassiou v. Greece, Judgment of 16 December 1992, para. 23.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2007 caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de agosto de 2011, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Reiterado, entre otras, en el Caso Tristán Donoso c. Panamá, fallo de 27 de enero de 2009; Caso López Mendoza c. Venezuela, fallo de 1º de septiembre de 2011; Opinión Consultiva Oc 21/14 de 19 de agosto de 2014.

*simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto*<sup>26</sup>, siendo constitutivo de una vía de hecho<sup>27</sup> y, por otro lado, también ha precisado que en el ejercicio de aplicación de las normas jurídicas los jueces pueden apoyarse en los precedentes judiciales y en las reglas de validez de la labor hermenéutica, respetando la autonomía de la que constitucionalmente gozan los jueces<sup>28</sup>.

En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido, permitido u ordenado<sup>29</sup> pero a luz del sistema jurídico vigente<sup>30</sup>, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada<sup>31</sup>, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica<sup>32</sup>; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido *“en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pued[e] ser racionalmente fundamentado”*<sup>33</sup>.

Lo anterior se opone a considerar los juicios de pérdida de investidura como escenarios para la discusión de la moralidad de las actuaciones que se presentan en el sector público; ello por cuanto si bien la moral comprende un sistema normativo que pretende referirse a valoraciones prescriptivas sobre lo que se considera como bueno o malo en las acciones humanas, no menos cierto es que esta, la más de las veces, es personal,

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia T-607 de 2000.

<sup>27</sup> Considerado posteriormente como una causal específica de procedibilidad de las acciones de tutela.

<sup>28</sup> Ha dicho la Corte Constitucional que “aunque la Carta Política reconoce la independencia de los jueces, no por ello sus decisiones pueden desligarse de los principios y valores constitucionales. Así las cosas, decisiones anteriores de la Corte identifican entre los criterios ordenadores de la función jurisdiccional, derivados de las dimensiones de la autonomía judicial, dos fronteras definidas: (i) El respeto al precedente jurisprudencial y (ii) La observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial.” Corte Constitucional, sentencia T-1130 de 2003.

<sup>29</sup> Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12

<sup>30</sup> Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207

<sup>31</sup> Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.”. TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

<sup>32</sup> “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Ibíd. p. 208.

subjetiva, cambiante en tanto que reflejan las consideraciones íntimas que los individuos puedan tener sobre determinados tópicos políticos, sociales o culturales. En este orden de ideas, nada más nefasto para la vigencia del Estado de Derecho que prohijar una postura según la cual se justifique exclusivamente una decisión judicial a partir de razones éticas o morales particulares o subjetivas, ya que algo así, en últimas, socava los principios que fundamentan el Estado Social y Democrático de Derecho.

Ligado a esta idea también resulta que pugna con el acceso efectivo a un recurso judicial y las garantías judiciales concebir la pérdida de investidura como una suerte de responsabilidad política, pues allí no son las razones del derecho las que gobiernan la decisión<sup>34</sup> sino la conveniencia, oportunidad política y lo que conciba la opinión pública sobre la cosa pública.

En este orden de ideas, tomando en consideración el ejercicio de la labor judicial, la potencial afectación de los derechos políticos del sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura y la necesaria lectura de dicha institución a la luz de los principios y normas convencionales y constitucionales, es claro que dicha figura sólo puede ser conceptualizada como una de las especies de la responsabilidad jurídica por violación de deberes de conducta de los congresistas. De allí, entonces, que encuentra su justificación como institución sancionatoria especial de ciertos dignatarios elegidos popularmente.

Descomponiendo dicha conceptualización es claro que se trata de a) responsabilidad jurídica (que no ética, política o moral), por cuanto las premisas de análisis de la decisión se desprenden, obligatoriamente, del ordenamiento jurídico de derecho positivo colombiano y que b) se configura por violación de deberes normativos de conducta de los Congresistas, en su calidad de servidores públicos, en tanto y cuanto las causales erigidas por el constituyente para la sanción de desinvestidura están orientadas, estrictamente, a modelar el obrar que deben seguir los miembros del legislativo en su calidad de tal, lo que ha dado pie para que la doctrina afirme que la pérdida de investidura *“trata de un mecanismo procesal que se caracteriza por la aplicación directa de los principios básicos de nuestra convivencia como organización política democrática, reconducida a través de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflictos de intereses y demás hipótesis establecidas en las normas reguladoras”*<sup>35</sup> (Resaltado propio).

---

<sup>34</sup> Sobre responsabilidad política Visintini anota: “Por responsabilidad política se entiende aquella que puede resultar a cargo de quien es titular de poderes públicos y que se presenta frente a los electores o, si se trata de ministros, frente al parlamento. Se afirma habitualmente que la responsabilidad política no es una verdadera y propia responsabilidad jurídica, ya porque en ella falta esa relación, prevista en el sistema normativo, entre un cierto hecho y determinadas consecuencias desfavorables, ya porque se discute si las consecuencias desfavorables que siguen a ella se pueden calificar como sanciones.” VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 27.

<sup>35</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ibíd.*, p. 794.

En este mismo sentido la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado claro que se trata de una acción de carácter sancionatorio judicial. Así, en fallo de 19 de agosto de 2014 se dijo:

“Con fundamento en la jurisprudencia contencioso administrativa de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la constitucional, puede decirse que la pérdida de investidura de los Congresistas **es una acción de naturaleza constitucional<sup>36</sup>, autónoma, de carácter sancionatorio, que puede ser regulada [pero que no puede ampliarse o restringirse las causales fijadas por la Carta Política para el caso de los congresistas], en virtud de que se inicia un juicio<sup>37</sup> que puede culminar con la imposición de una sanción (...) de carácter jurisdiccional<sup>38</sup>, la cual reviste altísima gravedad en razón a que separa al Senador o Representante a la Cámara del ejercicio de su cargo para el que fue electo por votación popular, y, además, lo inhabilita de manera intemporal y permanente para ser candidato y para ocupar la misma condición de congresista, o algún cargo de elección popular en el futuro<sup>39</sup>.”<sup>40</sup>** (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, algunas de las características que tornan en especialmente particular a la pérdida de investidura de los congresistas son, entre otras: i) que se trata de un procedimiento conocido por una autoridad judicial, ii) en única instancia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de manera privativa, iii) que gravita en

<sup>36</sup> La Constitución Política consagró la acción de pérdida de investidura con el fin de rescatar el prestigio y la respetabilidad del Congreso y garantizar el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa, por quienes representan la voluntad popular. Se trata de una acción constitucional autónoma que consagra un régimen estricto para los congresistas, dada la necesidad de salvaguardar la institución y hacer realidad los postulados de la Carta Política”. [subrayado fuera del texto] Corte Constitucional, Sentencia C-254A del 29 de marzo de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>37</sup> La pérdida de investidura ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa como un juicio de responsabilidad política, que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión del estricto código de conducta que la Constitución establece y que los Congresistas deben observar. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de enero de 1998, Exp. AC 5397, M.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 23 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI) y Corte Constitucional, sentencia T-544 del 28 de mayo de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-935 del 14 de diciembre de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-254A del 29 de marzo de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1285 del 7 de diciembre de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. En relación con la naturaleza sancionatoria de la pérdida de investidura, la Corte Constitucional ha resaltado que “para el caso de los Congresistas, ésta tiene una particularidad sancionatoria de tipo político que es declarada jurisdiccionalmente conforme a las causales taxativamente previstas en la Constitución”.

<sup>39</sup> La Constitución Política establece “**Artículo 179.** No podrán ser congresistas: (...) 4. Quienes hayan perdido la investidura de congresistas.”. La Ley 617 de 2000 señala “**Artículo 30.** De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 33.** De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: 1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 37.** Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 40.** De las inhabilidades de los Concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así: Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: Ley 617 de 2000 35/60 1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de agosto de 2014, exp. 2010-01110.

torno a la estructuración de ciertas causales taxativamente dispuestas en la Constitución Política [lo que hace que el legislador no pueda modular su contenido normativo bien sea ampliando o restringiendo su alcance], iv) promovida por iniciativa popular o por la propia Corporación legislativa y cuyo resultado, de acreditarse los cargos formulados, v) lleva a la aplicación de una única sanción: la pérdida intemporal del derecho político a ser elegido para un cargo de elección popular, esto es, la afectación del derecho al sufragio pasivo y, finalmente, como consecuencia de tales características se exige vi) asegurar la efectividad de garantías judiciales tales como: congruencia, debido proceso, interpretación restrictiva, interpretación *pro homine*, demostración de la culpabilidad del sujeto pasivo de la acción.

#### **1.1- El elemento subjetivo en la estructuración de las causales de pérdida de investidura.**

Desarrollados los elementos teóricos que justifican la calificación del juicio de pérdida de investidura como parte de un derecho sancionatorio constitucional especial, se hace necesario desentrañar las garantías jurídico-sustanciales que rodean dicha institución para, desde allí, caer en la necesaria exigencia de la valoración del tipo subjetivo de la conducta típica imputada al congresista, dicho con otras palabras, se trata del elemento de la culpabilidad.

Así, es preciso destacar que el accionar del poder punitivo del Estado necesariamente está llamado a observar los principios y valores que informan el derecho al debido proceso sustancial, el acceso material y/o efectivo a la administración de justicia y a las garantías judiciales. Por consiguiente, como no puede ser otra manera, debe seguirse en este punto el marco jurídico convencional y constitucional colombiano a fin de desentrañar y comprender, en todo su esplendor, el alcance de tales garantías.

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fija que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*, mientras que el 15.1 del mismo Pacto refiere que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”*.

Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”* lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9 que precisa: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”*.

A lo que se agrega que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el artículo 8 establece garantías que son aplicables a todo tipo de procedimientos, sean estos de naturaleza judicial o administrativa<sup>41</sup>. Particularmente ha sostenido que dichos órganos *“tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”*<sup>42</sup> o que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”*<sup>43</sup>.

Finalmente, el artículo 29 de la constitución Política enseña que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, señala las exigencias de tipicidad previa a la comisión de la conducta enjuiciada, juez natural y reglas procedimentales preestablecidas. Igualmente, el inciso cuarto de dicho artículo recuerda que *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Al tiempo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que *“los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento y para controlar la potestad sancionatoria”*<sup>44</sup>.

De lo anterior, resulta evidente que en el marco del derecho positivo convencional y constitucional colombiano, la acción de pérdida de investidura (en tanto manifestación especial del derecho sancionatorio judicial) debe ser tramitada y decidida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo con total apego de las garantías que informan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente (en este caso) a los sujetos pasivos de dicho medio de control judicial.

Siendo así cuanto precede, síguese que la estructura de análisis dogmático de la pérdida de investidura de congresistas demanda, por necesidad, la configuración de un doble análisis de tipicidad (objetiva y subjetiva) y un elemento de proporcionalidad, pues estando proscrito en dicho juicio sancionatorio la responsabilidad objetiva no basta con la constatación fáctica o fenomenológica de los elementos estructuradores de la conducta

---

<sup>41</sup> “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Caso Baena Ricardo c. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Igualmente, en el caso Claude Reyes c. Chile, en sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte sostuvo: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.”

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes c. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1997.

generadora de desinvestidura para atribuir la sanción prevista en la Constitución, pues queda faltando en dicho raciocinio el elemento subjetivo que no es otra cosa que la atribución normativa de esa conducta objetivamente demostrada a título de dolo.

Dicha exigencia de valoración subjetiva de la conducta encuentra justificación en razón al juicio de reproche jurídico-sancionatorio que se pretende perseguir con la imposición de la desinvestidura de la calidad de congresista, lo que sólo se puede llevar a cabo con respeto del principio de dignidad humana<sup>45</sup> que no es otra cosa (para el interés del caso) que reconocer a un individuo su condición de ser humano, dotado de raciocinio y de libre albedrío para actuar<sup>46</sup>.

Y es que la observancia de dicho principio de dignidad humana es lo que evita que se cosifique o trate al ser humano como si fuera un objeto o cosa material o su instrumentalización al servicio de otros fines externos a su ser, pues, como ya lo había dicho Kant *"la pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real"*<sup>47</sup> (Resaltado propio).

Por consiguiente, acreditada la estructuración fáctica de una de las causales de pérdida de investidura, debe abordarse el juicio subjetivo de imputación de responsabilidad el cual consistirá en auscultar si el (o la) Congresista demandado(a) conocía (o debía conocerlo) la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó hacia la realización de dicho actuar (u omisión).

Se trata, se repite, de un juicio de carácter normativo de modo tal que la valoración de dicho grado doloso de la conducta no debe comportar elementos psicológicos de intencionalidad subjetiva o individual; pues de lo que se trata es de acreditar el conocimiento del sujeto pasivo de las consecuencias probables de su acción u omisión respecto de dicho obrar, elemento éste que está presente, de manera específica, en cada una de las causales de pérdida de investidura<sup>48</sup> y que la persona enjuiciada debería conocer según su rol y ubicación dentro del preciso contexto en que se desenvuelve.

---

<sup>45</sup> Sobre la dignidad humana como principio constitucional la Corte Constitucional ha precisado que tal reconocimiento central en el ordenamiento jurídico "exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico". Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 1996. Reiterado en: T-521 de 1998, T-611 de 2013, entre otras.

<sup>46</sup> "Persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables. La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales (...) de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma". KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1ªed, 1989, p. 167.

<sup>47</sup> KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1ªed, 1989, p 168.

<sup>48</sup> Se afirma ello sin perjuicio de que la jurisprudencia considere la constatación eminentemente objetiva de ciertas causales en razón a su propia configuración y estructura normativa.



Por consiguiente, no se estructurará el tipo sancionatorio de pérdida de investidura si se demuestra que el agente enjuiciado cometió la conducta (o la omisión) por torpeza, imprudencia o impericia, pues resulta claro que estas causales están estructuradas desde la perspectiva dolosa, razón por la cual la tipicidad culposa está excluida al no disponerlo así expresamente el constituyente. Ello se constata con el sólo hecho de apreciar que el constituyente no previó una modalidad sancionatoria atenuada en la pérdida de investidura.

Misma circunstancia se predicará en aquellos eventos donde falte la acreditación probatoria del elemento de tipicidad subjetiva dolosa en el obrar del Congresista, pues, se repite: la sola constatación de cierto suceso fáctico no agota el juicio de pérdida de investidura, pues falta allí el elemento subjetivo valorativo de la acción.

## **1.2.- El elemento de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura.**

Ya se ha dicho que la pérdida de investidura supone una limitación al ejercicio del derecho político a ser elegido en un cargo de elección popular, sanción ésta con carácter vitalicio. Se trata de una restricción a un derecho humano (artículo 23 CADH<sup>49</sup>) y fundamental (artículo 40 Constitución<sup>50</sup>) reconocido en el marco jurídico convencional y constitucional colombiano.

En cuanto a la reglamentación para el ejercicio de los derechos políticos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que ésta *“debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”*<sup>51</sup> de tal manera que so pretexto de reglamentación no puede el Estado imponer

---

<sup>49</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

<sup>50</sup> Constitución Política. Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de junio de 2005. Caso Yatama c. Nicaragua.

restricciones indebidas para el ejercicio de este derecho y/u otros reconocidos a nivel convencional o constitucional<sup>52</sup>.

Por consiguiente, resulta claro que en todo momento corresponde a las autoridades internas de cada Estado reglamentar y aplicar las normas relativas a los derechos políticos en consonancia con el principio de proporcionalidad, lo que para el caso de la acción de pérdida de investidura de los congresistas se traduce en la necesaria consideración de la proporcionalidad de la sanción a imponer (que es una única) y la gravedad de la falta cometida por quien es juzgado, de modo tal que logre vislumbrarse en esa situación jurídica una aplicación razonable, justa y proporcional de la sanción dispuesta por el constituyente, por cuanto *“la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial”*<sup>53</sup>.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos. En este caso la corte expuso lo siguiente respecto de los derechos políticos:

“157. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

(...)

Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.”

<sup>53</sup> STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

<sup>54</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”,

Al disponerse de una única sanción gravísima para el Congresista hallado responsable en un juicio de pérdida de investidura, se impone reconocer que aún en ciertos casos donde materialmente se constate la configuración típica (objetiva y subjetiva dolosa) de una causal de pérdida de investidura, habrá que emitirse un juicio de valor sobre la conducta que se juzga a fin de distinguir entre ciertas faltas que resultan insignificantes o de menor entidad de cara a la teleología y fin que se persigue con la institución de la pérdida de investidura y otras que por su trascendencia, modalidad, impacto o relevancia suponen un verdadero ataque grave o gravísimo a la investidura y dignidad congresional y, por contera, al propio juego democrático – deliberativo en Colombia.

Puede, entonces, la jurisprudencia de esta Corporación construir, a partir de referentes objetivos y claros, elementos conceptuales que le permitan vislumbrar, en cada causal de pérdida de investidura, la gravedad de la conducta juzgada y, a partir de allí, indagar si es proporcionalidad imponer la desinvestidura del congresista; ello por cuanto el constituyente no reconoció graduación y/o modalidades de dosimetría al momento de imponer la sanción al congresista incurso en una de las causales de procedencia de la acción.

Ello es así por cuanto el principio de proporcionalidad, que debe sustentar todas las decisiones dentro del juicio de pérdida de investidura, invita a analizar **i)** que la medida (sanción de desinvestidura) sea adecuada para satisfacer el interés perseguido por el Constituyente (idoneidad), esto es, que se cumpla con los principios medulares del ejercicio de la función pública de la que está investido un congresista, como son: la dignidad, transparencia, eficacia e imparcialidad en todos los actos o actuaciones durante su periodo constitucional<sup>55</sup>, **ii)** que se trate de la medida menos lesiva al derecho político del enjuiciado, esto es, que la sanción a imponer no puede sustentarse sólo en un objetivo ejemplarizante si esto implica la negación de los derechos políticos del mismo [llámese violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 40 de la Constitución] y **iii)** que se justifique, en un análisis de ponderación<sup>56</sup>, que la importancia de la satisfacción que se persigue con la imposición de la sanción de desinvestidura es mayor que el grado de afectación del derecho político al sufragio pasivo del congresista enjuiciado (proporcionalidad en estricto sentido), con base en los siguientes criterios: a) gravedad de la conducta o comportamiento; b) implicaciones para

---

Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); "El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración", en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

<sup>55</sup> Constitución Política. Artículo 209; cuyo desarrollo se encuentre, entre otras, en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998.

<sup>56</sup> La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epilogo). 2° edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

la vulneración de la dignidad de la investidura, c) negación o descomposición del principio democrático e d) intensidad temporal y material de la conducta realizada y que representa un impacto sustancial y relevante para el ejercicio de la investidura.

Estas consideraciones de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura llevan a sostener que en los casos donde se valore como levísima o leve la conducta desplegada por el congresista enjuiciado no habrá lugar a considerar la imposición de la sanción prevista por el constituyente (la desinvestidura) pues salta de bulto de desproporcionalidad entre una sanción severa, intemporal a un derecho humano fundamental político y la significación y el grado de afectación de la conducta enjuiciada.

*Contrario sensu* si el Juez, luego de un análisis ponderado llega a colige que está en presencia de un obrar grave o gravísimo del congresista demandado, no habrá duda del merecimiento del castigo que prevé el ordenamiento jurídico, pues en tal caso sí puede estructurarse una situación de proporcionalidad sanción y la conducta que motivó su interposición.

### 1.3.- Conclusión

Se trata de una propuesta funcional y proporcional de la institución de la pérdida de investidura que reconoce que en cualquier tipo de juicio sancionatorio es indispensable conjugar elementos valorativos con relevancia jurídica para la atribución de responsabilidad. Ello se traduce en que **a)** la estructuración de una causal de pérdida de investidura demanda dos ejercicios valorativos: un ejercicio objetivo de constatación fáctica de los supuestos de la causal y otro donde se valora subjetivamente la conducta a fin de verificar si ésta le es atribuible al congresista a título de dolo, siendo sólo esta modalidad la admitida en el ordenamiento constitucional; por otra parte, **b)** un juicio de valor que recae sobre la entidad de la conducta, de modo tal que son merecedoras de la sanción de desinvestidura aquellos comportamientos que por su trascendencia, modalidad, impacto o relevancia se configuren objetivamente como graves o gravísimos.

En términos esquemáticos la propuesta de análisis es del siguiente tenor:

<b>Esquema de valoración funcional y proporcional de la pérdida de investidura</b>		
<b>Tipicidad de la causal de pérdida de investidura</b>		<b>Proporcionalidad de la sanción</b>
Imputación objetiva de la causal.	Imputación subjetiva de la causal a título de dolo.	Valoración, con parámetros objetivos, de la gravedad de la conducta. Conductas graves y gravísimas son merecedoras de la sanción de desinvestidura, al existir proporcionalidad entre el acto (u omisión) y la sanción impuesta.

### 2.- Caso concreto.

En el caso que ocupó la atención de la Sala, el actor invocó la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, dispuesta en el artículo 183.1 de la Constitución Política; puntualmente en el *sub judice* el juicio de desinvestidura se estudió a partir de la incompatibilidad prevista en el artículo 180.2 de la Constitución Política<sup>57</sup>.

Se trata, entonces, de una causal de estricto rigor objetivo por cuanto para su estructuración basta la configuración probatoria de los supuestos específicos y particulares dispuestos en el régimen de incompatibilidades para los congresistas, sin que haya lugar allí a emprender juicios subjetivos sobre el obrar del Congresista demandado.

Quiere ello decir, entonces, que para los precisos casos puntuales de pérdida de investidura que estriben sobre violación al régimen de inhabilidades o incompatibilidades, el juicio sancionatorio constitucional especial se agota por completo con dicha constatación objetiva. Lo anterior por cuanto tales causales prescinden por completo de un elemento volitivo o de conocimiento por parte del agente incurso en ella.

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

*Fecha ut supra*

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01621-00(PI)**

**Actor: RAFAEL MARÍA MERCHÁN ALVAREZ**

**Demandado: HECTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**

**Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – JORGE OCTAVIO RAMIREZ**

---

<sup>57</sup> Constitución Política. Artículo 180. Los congresistas no podrán:  
(...)

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

Con el respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación, de manera respetuosa me permito manifestar mi discrepancia con la proferida en el proceso de la referencia, pues considero que se debió negar la solicitud de pérdida de investidura presentada, ya que no se configura, en el caso concreto, la incompatibilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución.

Las razones que sustentan mi posición son las siguientes:

1.- En el proceso está demostrado que:

- a) El 2 de julio de 2013, a las 8:00 a.m., EMCOAZAR abrió el proceso de licitación No. LP-EMC-001 de 2013 (fl. 56).
- b) En virtud de lo anterior, ese mismo día a las 4:00 p.m., se llevó a cabo la Asamblea Extraordinaria de Accionistas No. 003-2013 de Aposucre S.A., convocada por el representante legal desde el 21 de junio de ese año (fl. 299).

En dicha asamblea, ante la intención de participar en la licitación del contrato de concesión de explotación del monopolio del juego de chance en el Departamento de Sucre, los socios autorizaron al representante legal para *“participar, contratar y comprometer a la sociedad y contraer obligaciones en nombre de ésta hasta por Siete Mil Millones de (\$7.000.000.000) pesos Mcte. (sic). Y en caso de salir favorecido, realice el respectivo contrato”* (fl. 300-301).

- c) La empresa Aposucre S.A. se inscribió al proceso licitatorio en la audiencia de aclaración del pliego y tipificación y asignación de riesgos previsibles, celebrada el 5 de julio de 2013 (fl. 55).
- d) Del informe de evaluación del 18 de julio de 2013, se desprende que Aposucre fue la única empresa que entregó oferta (fl. 57), por lo que el Comité Evaluador le recomendó al Gerente de EMCOAZAR la adjudicación del contrato en vista de que reunía todas las condiciones solicitadas en el pliego (fl. 69).
- e) El senador vendió las acciones de Aposucre el 25 de julio de 2013 (fl. 306-309), venta que fue registrada en el libro de registro de acciones ese mismo día (fl. 305). Así mismo, vendió las acciones de Unicat el 29 de julio de ese mismo año (fl. 463).
- f) Aunque no está probada la fecha de adjudicación, sí se tiene probado que el contrato de concesión se celebró entre EMCOAZAR y Aposucre el 2 de

septiembre de 2013 (fl. 502), esto es, cuando ya el senador no era accionista de la empresa directa o indirectamente.

2.- De las pruebas aportadas al proceso, es posible establecer que: i) no existió por parte del congresista demandado una gestión, en nombre propio o ajeno, de asuntos ante las entidades públicas, específicamente ante EMCOAZAR, para la adjudicación y celebración del contrato de concesión de la operación del juego de chance en el Departamento de Sucre y, ii) el senador no celebró con dicha entidad, por sí o por interpuesta persona, el contrato en mención.

Una cosa es la gestión de asuntos ante entidades públicas y, otra, diferente, es la celebración de contratos con entidades públicas por sí o por interpuesta persona: Son dos supuestos de hecho diferentes que dan lugar a incompatibilidades distintas, por lo que se deben estudiar de manera separada.

3.- De los hechos relacionados, se puede concluir que el senador no realizó ante EMCOAZAR ninguna gestión, en nombre propio o ajeno, para la adjudicación y celebración del contrato de concesión de la operación del juego de chance en el Departamento de Sucre.

Si bien está demostrado que participó, como accionista, en la asamblea de accionistas de Aposucre para conferir facultades al representante legal con el fin de participar en el proceso de licitación y suscribir el contrato en caso de salir favorecida la empresa, dicha actuación es un acto interno de la sociedad, que no encaja en los actos preparatorios de la licitación, que son los adelantados por la entidad pública.

Autorizar, como accionista, al representante legal de una sociedad para participar en un proceso licitatorio no puede entenderse como una **gestión ante la entidad pública contratante** –elemento indispensable para la configuración de la incompatibilidad-.

Tal como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, gestionar es “*hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera*”<sup>58</sup>, por lo que para que se configure la causal de incompatibilidad estudiada es necesario que el congresista, en el caso concreto, haya realizado diligencias **ante la entidad pública EMCOAZAR**, tendientes a la adjudicación y celebración del contrato, circunstancia que no fue probada.

Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha manifestado de forma reiterada que dicho supuesto de incompatibilidad, “*comporta una conducta dinámica, positiva y concreta*

---

<sup>58</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=gestionar>

del gestor, frente a una entidad pública o un sujeto cualificado, encaminada a obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, por supuesto ajenas a la colectividad que representa, independientemente del resultado o la respuesta que reciba<sup>59</sup> (Subrayas propias).

No puede olvidarse, además, que la finalidad de la prohibición es evitar que quienes ostentan la dignidad de congresistas, alteren el principio de igualdad “*porque habrá preferencia o prelación en la solución del asunto, frente a los que tramitan el común de los ciudadanos*”<sup>60</sup>; principio que en el caso concreto no se encuentra vulnerado por el hecho de que el congresista, como accionista de Aposucre, facultara, junto con los demás accionistas, al representante legal de la sociedad para participar en un proceso licitatorio.

Por dichas razones, considero que el cargo no podía prosperar.

4.- Tampoco está demostrado en el proceso el segundo supuesto de incompatibilidad alegado en la demanda, pues de las pruebas recaudadas es posible concluir que el senador no celebró con EMCOAZAR, por sí o por interpuesta persona, el contrato de concesión en mención, pues vendió las acciones que poseía en Aposucre y Unicat los días 25 y 29 de julio de 2013, respectivamente, esto es, antes de la celebración del contrato -2 de septiembre de 2013-.

Téngase en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 406 del Código de Comercio, la enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes y para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, sólo es necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones.

En ese sentido, al no demostrarse que la venta de dichas acciones fue ficticia o se hizo con el único fin de evadir la incompatibilidad, el cargo no está llamado a prosperar.

En este punto, no puede confundirse la autorización que como accionista dio el congresista para que la empresa participara en el proceso de licitación, con la efectiva celebración del contrato de concesión, que es lo que configura la incompatibilidad estudiada.

Como lo ha manifestado la Sala, “*dentro de la prohibición constitucional caben dos situaciones: la primera, la **celebración directa** por parte del congresista de contratos con entidades públicas o personas que administren tributos, y la segunda, la **contratación del congresista por interpuesta persona**, que tiene ocurrencia cuando es otra la que*

<sup>59</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de abril de 2010, Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Radicado: 11001-03-15-000-2009-00639-01 (2001642 PI).

<sup>60</sup> Así lo precisó la Sala, entre otras, en la sentencia de 28 de noviembre de 2000, Expediente No 11349.



celebra el contrato por encargo o en provecho suyo, pero aparentando obrar en nombre propio<sup>61</sup> Negrillas fuera de texto).

Cuando se trate de interpuesta persona, es necesario que se demuestre fehacientemente, además de la celebración del contrato, el interés o participación del congresista en la sociedad contratista o la configuración del testafierro.

6.- Contrario a lo que se concluye en la sentencia, considero que en el caso concreto no puede hablarse que el demandante ejercía el control de la sociedad, ni que lo hacía conjuntamente con su familiar José Julio Alfonso López (filiación que, se advierte, no se encuentra demostrada en el proceso) o con la empresa Unicat, en la que también poseía acciones pero de la que tampoco tenía su control (8.25%).

Obsérvese que para el 2 de julio de 2013, fecha en la que se facultó al representante legal para participar en el proceso de licitación, la participación accionaria en Aposucre era de la siguiente manera:

IDENTIFICACION	ACCIONISTA	Nº DE ACCIONES	%
72.004.050	HÉCTOR JULIO ALFONSO LOPEZ	217.500	7,25%
73.239.467	JOSE JULIO ALFONSO LOPEZ	172.500	5,75%
3.790.318	JOAQUIN ENRIQUE GARCIA HERNANDEZ	192.180	6,41%
830.511.595	INVERSIONES RESTREPO HERNANDEZ	151.800	5,06%
538.576	FABIO LEON GARCES AGUDELO	24.900	0,83%
10.515.303	FRANCISCO SALAZAR PERAFAN	30.300	1,01%
8.879.483	CARLOS ALBERTO GOMEZ OLANO	122.100	4,07%
6.817.996	JOSE RICAURTE GANDI	61.200	2,04%
6.807.356	DAIRO VILLALBA SIERRA	99.000	3,30%
60.560.920	DORIS JARABA LOZANO	39.540	1,32%
92.495.507	SALVADOR GUERRA LARIOS	35.490	1,18%
976.888	CARLOS GUERRA MERCADO	35.490	1,18%
34.968.961	GLORIA LACHARME ARTEAGA	67.980	2,27%
6.882.725	HUGO DIAZ FLOREZ	67.980	2,27%
15.037.331	REMBERTO MERCADO	72.600	2,42%
806.013.605	UNICAT E.U	180.000	6,00%
22.768.863	BELISSA CAPELLY DE GARCIA	45.000	1,50%
9.045.243	JESUS MARIA VILLALOBOS	29.700	0,99%
30.560.554	HILDA HENITH JARAVA LOZANO	4.680	0,16%
30.562.482	MIGUELINA DE JESUS JARAVA	4.680	0,16%
975.960	ANTONIO EDUARDO GARCIA HERNANDEZ	38.400	1,28%
800.040.690	APOSUCRE S.A	1.306.980	43,57%
	<b>TOTALES</b>	<b>3.000.000</b>	<b>100,00%</b>

De acuerdo con lo anterior, aún en el evento de que admitiéramos que el señor José Julio Alfonso López es familiar del demandado y que éste, junto con su familia poseen el control de Unicat, no podríamos afirmar que ejercen el control de Aposucre, pues sus acciones sólo sumarían el 19% de la sociedad, lo que no es suficiente para adoptar las decisiones societarias.

No se desconoce que tal como se manifestó en el acta del 2 de julio de 2013 (fl. 299), *“del total de las acciones representadas en la asamblea, el 43,57% equivalentes a 1.306.980 acciones corresponden a acciones propias readquiridas las cuales al no haberse tomado*

<sup>61</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Sentencia del 26 de agosto de 1994. Radicación número: AC-1500.

*ninguna de las medidas establecidas en artículo 417 del código de Comercio los derechos de estas acciones quedan en suspenso y no pueden formar parte del quórum para deliberar y decidir”, por lo que “la composición accionaria se debe recomponer teniendo cada accionista un porcentaje mayor que nos arroja un 100% de las acciones presentes en la asamblea” (subrayas fuera de texto).*

No obstante, dicha circunstancia tampoco le daría el control de la sociedad al demandado y su grupo familiar, pues sus acciones corresponderían al 33.6%, porcentaje que no constituye mayoría para la toma de las decisiones de la sociedad.

7.- En ese orden de ideas, de acuerdo con lo expuesto, considero que no se podía decretar la investidura del senador demandado, ya que i) no existió una gestión, en nombre propio o ajeno, ante EMCOAZAR, para la adjudicación y celebración del contrato de concesión de la operación del juego de chance en el Departamento de Sucre y, ii) no celebró con dicha entidad, por sí o por interpuesta persona, el contrato en mención, pues a la fecha de suscripción del mismo ya no era accionista de Aposucre ni de Unicat.

En este sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**