

INHABILIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO – Haber dado lugar, con conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial / CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Presupuestos: Que el Estado haya sido condenado patrimonialmente y que la conducta del servidor público sea calificada como dolosa o gravemente culposa / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO – No se configura porque la condena en acción de repetición fue posterior a la elección y se efectuó su pago

El análisis de la conducta del demandado se realiza a la luz de la disposición constitucional [artículo 122] y legal que establece la inhabilidad, la cual, para el presente caso, establece claramente que la misma debe darse con anterioridad a la inscripción o a la elección del candidato. Siguiendo la posición del demandante, expuesta en la demanda de pérdida de investidura y en el recurso de apelación presentado en contra de la decisión de primera instancia, las decisiones judiciales que dan lugar a la configuración de la causal de pérdida de la investidura son las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio y el Tribunal Administrativo del Meta, en el trámite de la Acción de Repetición No. 50-001-23-31-000-2006-00152-01 [...] En esa medida, entonces, la inhabilidad prevista en dicha disposición no se configuró, si tenemos en cuenta que la decisión de primera instancia que se profirió el día 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo del Meta, fue objeto del recurso de apelación el cual fue resuelto mediante sentencia de 10 de septiembre de 2013, quedando debidamente ejecutoriada “(...) el veinticuatro (24) de septiembre de 2013 (...)” (Folios 316-335, Cuaderno Ppal), esto es, con posterioridad a la fecha de inscripción y elección del señor Luís Fernando Peña Riaño

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Deben ser concebidas como de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva / INHABILIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO – La establecida en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política no puede configurarse como sobreviniente / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Diferencia entre condena judicial de carácter penal y la impuesta en el trámite de una acción de repetición

No puede aceptarse la interpretación extensiva que de la causal de inhabilidad pretende realizar el apelante puesto que de la forma en que está redactada la norma constitucional que establece la inhabilidad, se descarta plenamente que pueda configurarse como una inhabilidad sobreviniente, esto es, que la inscripción y elección precedan a la existencia de la decisión judicial ejecutoriada. Ahora bien en sentencia 20 de junio de 2013, esta Sala reconoció la existencia de inhabilidades sobrevinientes, lo hizo en relación con la causal de pérdida de investidura prevista en los artículos 33 numeral 1º y 48 numeral 6º de la Ley 617 de 2000, referida a la existencia de sentencia judicial de carácter penal [...] Al respecto, la Sala realizó una serie de argumentaciones referidas, precisamente, a la existencia de una condena judicial de carácter penal, cuya naturaleza es diferente de la que origina el debate judicial en esta acción de pérdida de investidura.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 20 de junio de 2013, Radicación 76001-23-31-000-2012-00739-01(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso; y de 11 de diciembre de 2015, Radicación 25000-23-36-000-2014-01609-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 299 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 33 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 6

SÍNTESIS DEL CASO: Se solicitó la pérdida de la investidura de Luís Fernando Peña Riaño, diputado de la Asamblea Departamental de Santander para el período 2012 – 2015, por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Carta Política, causal de pérdida de investidura conforme al numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00076-01(PI)

Actor: CARLOS MARIO VARGAS SEPÚLVEDA

Demandado: LUÍS FERNANDO PEÑA RIAÑO

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA - INHABILIDAD ARTÍCULO 122 DE LA C.N

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander, el 10 de abril de 2014, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada en contra del señor Luís Fernando Peña Riaño, diputado del departamento de Santander para el período 2012-2015.

1.- Antecedentes

1.1.- El ciudadano Carlos Mario Vargas Sepúlveda, solicitó la pérdida de la investidura de Luís Fernando Peña Riaño, diputado de la Asamblea Departamental

de Santander para el período 2012 – 2015, por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Carta Política, causal de pérdida de investidura conforme al numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

1.2.- El demandante explica que *“(…) El Consejo de Estado señaló en el año 2012 que a pesar de que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no señala como causal de pérdida de investidura de los diputados, la violación al régimen de inhabilidades, esta si aplica, ya que tienen el mismo tratamiento que los congresistas, señalado por la Constitución Nacional, donde la violación a dicho régimen si es causal de pérdida de investidura (...)”*, citando para el efecto la sentencia de veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012), expediente número 440001-23-31-000-2011-00173-01 (P.I), Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

1.3.- Como sustento de su solicitud, señala que en contra del diputado Luís Fernando Peña Riaño fue iniciada acción de repetición identificada con el número 500012331000 2006 – 00152 01 por parte de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, atendiendo la condena proferida en contra de dichos entes estatales por parte del Tribunal Administrativo del Meta, en sentencia de 16 de julio de 2002, dictada en el trámite de la acción de reparación directa número 1998 – 00184.

1.4.- En el trámite de dicha acción de repetición, se profirió sentencia de 18 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo Administrativo de Villavicencio, en la cual el demandado fue declarado responsable por culpa grave de los hechos acaecidos el 7 de febrero de 1998 y, como consecuencia de lo anterior, fue condenado a pagarle a dicha entidad pública la suma de ciento cuarenta y tres millones doscientos cuarenta y nueve mil ciento setenta y cinco pesos (\$143.249.175), decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Meta en la providencia de 10 de septiembre de 2013.

1.5.- El actor manifiesta que dichas decisiones judiciales no han sido cumplidas por el demandado, hecho que le genera al diputado Peña Riaño *“(…) una inhabilidad sobreviniente para el ejercicio del cargo de diputado de la Asamblea del Departamento de Santander, de conformidad con el art. 4 de acto (sic) legislativo 01 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Nacional que dispone: (...) no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta*

persona, contratos con el Estado (...) quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño (...)”.

1.5.- El demandante resalta que las decisiones judiciales señaladas anteriormente quedaron en firme en el mes de septiembre de 2013, por lo que han pasado “(...) *los tres meses consagrado[s] en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995 para que el señor LUÍS FERNANDO PEÑA RIAÑO, diera final a la inhabilidad (...)*”, siendo procedente conforme a dicha norma, su retiro inmediato del servicio público.

2.- Actuaciones de las personas vinculadas al proceso

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante providencia del tres 3 de marzo de 2014¹, admitió la solicitud de pérdida de investidura y ordenó la notificación del diputado demandado y del agente del Ministerio Público.

2.1.- Contestación de la demanda por parte del diputado Luís Fernando Peña Riaño

Notificado de la presente demanda de pérdida de investidura, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestarla solicitando que se negaran las pretensiones de la misma.

Para el efecto sostuvo, en primer lugar, que no está acreditado que las decisiones judiciales por las cuales se le declaró responsable por culpa grave de los hechos acaecidos el 7 de febrero de 1998 y por los cuales fue condenado al pago de una suma de dinero a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en el trámite de la acción de repetición número 500012331000 2006 00152 01, se encuentren en firme. Lo anterior a efectos de la aplicación del artículo 6 de la Ley 190 de 1995, esto es, si “(...) *han transcurrido tres meses para poner punto final a la situación que pudiera dar origen a la inhabilidad o incompatibilidad (...)*”.

En segundo lugar, señala que “(...) *como quiera que la presunta inhabilidad argumentada se refiere de manera específica y concreta al no pago de una sentencia referida a indemnización de perjuicios, y esta exigencia se refiere al*

¹ Fol. 73, Cuaderno Principal.

efectivo pago del mismo en el sentir de este extremo procesal, ha de exigirse como requisito de procedibilidad la conciliación previa entre la entidad accionante de la repetición y el accionado en la misma demanda de repetición (...)”.

Posteriormente, presentó, a través de un nuevo apoderado judicial, escrito en el que sustituía la contestación de la demanda presentada con anterioridad. En dicha contestación el demandado indicó, inicialmente, que no se ha configurado “(...) *una nueva inhabilidad por la comisión de un homicidio culposo (...)*”, por cuanto “(...) *no se puede derivar una inhabilidad perpetua para el señor Peña Riaño por la comisión de un homicidio culposo debido a que ya cumplió con la inhabilidad que es consecuencia de aquél. Si se pretende como lo hace el demandante deprecar una nueva inhabilidad de la misma naturaleza fundada en los mismos hechos, se estaría extendiendo de manera definitiva en el tiempo inhabilidades que conforme a la Corte Constitucional son temporales y limitadas por la ley. (...)*”.

Posteriormente señala que el objetivo del artículo 122 de la Carta Política es que el patrimonio del Estado no sufra detrimento por la actuación de sus agentes, manteniéndose la afectación del derecho a ser elegido sólo hasta tanto el agente estatal asuma el valor de la condena al Estado, no siendo el propósito del constituyente establecer una inhabilidad perpetua, razón por la que en modo alguno puede decretarse la pérdida de investidura, “(...) *que es intemporal y perpetuar (...)*”, en contra del demandando una vez realizado el pago de la condena impuesta, pues en caso de que ello ocurriera “(...) *se estaría contrariando el propósito del constituyente de permitir la participación en la vida política de las personas que están a paz y salvo con el Estado, y se estaría violando el núcleo esencial del derecho fundamental a elegir y ser elegido (...)*”.

Continúa la defensa del diputado manifestando que la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Carta Política no se configuró en la medida en que al momento de la inscripción del señor Luís Fernando Peña Riaño como candidato a la Asamblea Departamental de Santander y de su posterior elección en dicho cargo, no se encontraba ejecutoriada la “(...) *la sentencia de acción de repetición (...)*”. Dicha ejecutoria ocurrió “(...) *mientras que el señor Peña Riaño ejercía su cargo de elección popular. Esto es importante porque el artículo 122 de la C.P. habla de que no se podrá ser inscrito como candidato o ser elegido quien tenga en su contra sentencia ejecutoriada, lo cual no ocurre en el presente caso (...)*”.

3.- Los alegatos de conclusión en primera instancia

Realizada la audiencia pública de que trata el artículo 10 de la Ley 144 de 1994, el día 2 de abril de 2014, las partes presentaron sus alegatos de conclusión y el agente del Ministerio Público allegó su concepto de fondo.

3.1.- La parte demandante solicitó se acogieran las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial. Manifestó que en el presente proceso no se requería agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial por cuanto *“(...) el objeto de este proceso no es que pague o no pague una sentencia proferida en su contra, sino que se le declare la pérdida de investidura por permanecer en el cargo de diputado existiendo una inhabilidad sobreviniente para ejercerlo (...)”*.

Posteriormente, señala que las providencias judiciales proferidas en el trámite de la acción de repetición número 500012331000 2006 00152 01 se encuentran en firme, siguiendo para el efecto los artículos 173 y 174 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

Agrega que en virtud de la firmeza de las mencionadas providencias judiciales *“(...) se configuró la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la C.N el día 3 de octubre de 2013 a las 6 p.m y desde esa fecha hasta el día de hoy, no ha cesado, pues una vez se profirió la sentencia en su contra y a la fecha no ha asumido con su patrimonio el valor del daño, tal y como se explicará a continuación al exponer la no validez del pago realizado (...)”*.

Finalmente cuestiona la validez del pago de la condena impuesta al demandado por cuanto *“(...) a. La Policía no ha aceptado el pago realizado ante el Juzgado Segundo Administrativo de Villavicencio (...) b. El pago realizado a órdenes del juzgado no corresponde ni siquiera al valor del capital debidamente indexado (...) c. El pago realizado no liquidó los interés causados a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida en contra del demandado (...)”*.

3.2.- La parte demandada considera que no es posible decretar la pérdida de la investidura considerando que al momento de la inscripción y elección del demandado en el cargo de diputado del departamento de Santander, *“(...) no había en su contra ninguna sentencia en firme que calificara su conducta como dolosa o*

gravemente culposa en relación con el pago que hiciera la Nación – Policía Nacional a los familiares de la señora Hernández Jaramillo, ni con cualquier otra circunstancia (...)”.

Resalta que el demandado, el 13 de marzo de 2013, consignó a órdenes del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio, mediante un depósito judicial, la suma de ciento sesenta y dos millones tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos con cuarenta y un centavos (\$162.003.468,41) correspondiente, en su concepto, al valor indexado de la condena proferida en su contra. En este punto manifiesta que el valor de los intereses no es posible establecerse en la medida en que *“(...) El expediente del proceso contencioso-administrativo de la acción de repetición (...) físicamente aún se encuentra en el Tribunal Administrativo del Meta (...) Tampoco la Policía Nacional ha requerido a mi poderdante para el pago de ese dinero (...)*”.

Plantea *“(...) TRES TESIS A FAVOR DEL DIPUTADO LUÍS FERNANDO PEÑA RIAÑO (...)*”, la primera consistente en que la comisión de delitos culposos no genera inhabilidad permanente para acceder a cargos públicos, conforme lo expresan los artículos 179, 293 y 299 de la Carta Política y 33 de la Ley 617 de 2000; la segunda que insiste en que para la configuración de la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Carta Política, la sentencia debe estar ejecutoriada antes de la inscripción y elección en el cargo público, lo cual no ocurre en el caso del demandante; y la tercera que resalta el pago de la condena impuesta en el trámite de la acción de repetición seguida en contra el demandante.

En relación con la tercera tesis, el demandante señala que *“(...) aplicar la pérdida de la investidura a un miembro de una corporación pública de elección popular por la violación del régimen de inhabilidades fundada en la que se prevé en el artículo 122 superior, le estaría negando la eficacia a la disposición que permite que en cualquier tiempo se pueden volver a ejercer cargos de elección popular siempre y cuando se realice el pago de la suma sufragada por el Estado. (...)”* y agrega que *“(...) de prosperar las pretensiones de la demanda, el deber de respeto que las autoridades judiciales le deben a la dignidad humana del Diputado Luís Fernando Peña Riaño sería una quimera, un sueño que no se realiza. El mensaje que da la Carta de 1991 es muy claro: desde entonces y por siempre primero el individuo que el Estado (...)*”.

3.3.- El agente del Ministerio Público indica que “(...) *En virtud de todo lo anteriormente expuesto, para esta Agencia de Ministerio Público es absolutamente claro que con los argumentos expuestos en la demanda, no es constitucionalmente posible endilgarle al Diputado LUIS FERNANDO PEÑA RIAÑO, de manera sobreviniente, la inhabilidad descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, pues si bien es cierto su conducta fue calificada como gravemente culposa, dicha calificación no puede afectar sus derechos políticos por provenir de una autoridad judicial diferente a la penal, ello conforme a lo señalado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a los precedentes jurisprudenciales anteriormente expuestos (...)*”.

4.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander, mediante providencia del 10 de abril de 2014, denegó las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los siguientes argumentos:

(...) Primer Problema Jurídico:

¿En el presente caso, resulta probada la preexistencia de la sentencia de repetición, “debidamente ejecutoriada”, para el momento de la inscripción o de la elección que estructure la causal de pérdida de investidura invocada?

Debiendo responder con tesis negativa. En efecto, al respecto, en el proceso está probado lo que sigue:

(...)

Con la anterior reseña probatoria se entiende que, si la sentencia en el proceso de Repetición data del 10 de Septiembre de 2013, dicha fecha es muy posterior a la de la necesaria inscripción y a la de la elección, no logrando probar el solicitante de la pérdida el referido supuesto de hecho de la pre existencia de sentencia judicial ejecutoriada que estructure la causal invocada.

De esta manera, no que en la sentencia penal condenatoria del señor Peña Riaño se califica su conducta como culposa agravada, según se afirma en el folio 267 y 268 y estar debidamente ejecutoriada la misma desde el 02 de Noviembre de 1999 según el folio 272 Vto., siendo por lo tanto preexistente respecto de la inscripción y de la elección, no es ella la que configura la causal de inhabilidad tal y como ya se explicó atrás.

Segundo Problema Jurídico:

¿Se puede predicar, con base en la causal de pérdida de investidura invocada en el presente proceso, inhabilidades sobrevinientes a la inscripción y a la elección?

Tesis: No

(...)

De esta manera, si la prohibición normativa recae en la inscripción como candidato, en la elección y en la designación, no puede extenderse esta causal de pérdida de investidura al desempeño de la función pública, pues éste evento deberá estar cobijado por normatividad con consecuencia diferente a las de la pérdida de investidura reseñadas en el ítem o literal B del acápite de consideraciones de esta providencia. (...)

5.- El recurso de apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y, en su lugar, se despoje al demandado de su investidura.

5.1.- El demandante considera que el pronunciamiento de la primera instancia es equivocado por cuanto *“(...) SE LE ESTÁ APLICANDO AL PRESENTE CASO LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE NULIDADES ELECTORALES Y NO SOBRE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CUANDO ESTAS SON DOS ACCIONES TOTALMENTE DIFERENTES (...)”*.

Con sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para el apelante resulta claro que la acción electoral y la de pérdida de investidura tienen caracteres diversos y, en esa medida, no era procedente que la primera instancia sustentara su decisión en decisiones judiciales que se dictaron en acciones de nulidad electoral.

5.2.- El apelante sostiene, en segundo lugar, que *“(...) LAS INHABILIDADES SOBREVINIENTES SI SON CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO (...)”*.

En su entender, el análisis de las inhabilidades e incompatibilidades debe ser diferente si se trata de acciones de nulidad o de pérdida de investidura. Así *“(...) mientras que la nulidad electoral las analiza solo en el momento en que el*

candidato es inscrito y posteriormente elegido, se puede demandar en un término perentorio de 30 días, la acción de pérdida de investidura, las analiza en virtud de determinar de manera intemporal, si el congresista, diputado o concejal, una vez en ejercicio del cargo, continúan teniendo las calidades que la investidura del mismo, les exige la ley y la constitución (...)”.

Apoyándose en la sentencia del 20 de junio de 2013, dictada por esta Sección en el expediente de radicación número 76001-23-31-000-2012-00739-01 (P.I.), Magistrada Ponente: doctora María Claudia Rojas Lasso, concluye que “(...) sí procede la pérdida de investidura por inhabilidad sobreviniente, cuando la sentencia de la cual se deduce la inhabilidad se profiere o queda en firme con posterioridad a la elección (...)”.

5.3.- En sentir de la parte demandante, “(...) LA INHABILIDAD YA SE CONFIGURÓ ASÍ EL DEMANDADO CANCELE EL VALOR DEL DAÑO, YA QUE EL PAGO NO TIENE EFECTO RETROACTIVO PARA ELIMINAR LA INHABILIDAD (...)”.

El apelante encuentra que la inhabilidad se generó por la declaración de responsabilidad administrativa en la que se le endilgó a éste haber actuado con culpa grave, lo cual causó que el Estado fuera condenado, por lo que “(...) así asuma con cargo a su patrimonio dicha condena (lo cual no ha hecho todavía pues no realizó el pago en el valor ni forma legal), ya incurrió en la causal de inhabilidad y debe ser declarada su pérdida de investidura, pues el pago (en caso de que llegara ha realizarlo), (sic) como forma de extinguir las inhabilidades, solo la extingue hacia futuro y nunca tiene efectos retroactivos, como lo ha consagrado el Consejo de Estado (...)”.

5.4.- Finalmente, el apelante manifiesta que “(...) El Tribunal Administrativo de Santander, no indicó la norma donde aparece el requisito de pre existencia (sentencia antes de la inscripción) para poder declarar la pérdida de investidura (...)”, esto es, que la primera instancia incluyó un nuevo requisito para configuración de la inhabilidad sobreviniente, no contemplado en la Carta Política, consistente en la preexistencia de la sentencia antes de la inscripción como candidato, el cual no se deduce de la lectura del artículo 122 de la Constitución Política.

6.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y Concepto del agente del Ministerio Público

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, solo el demandado presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos a lo largo del proceso, solicitando la confirmación del fallo de primera instancia.

El agente del Ministerio Público, mediante escrito radicado el 26 de marzo de 2016, presentó el concepto de fondo frente al presente asunto, solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en su lugar, se despojara al demandando de su investidura de diputado del departamento de Santander, señalando:

“(...) Ahora, aceptando en gracia de discusión como lo entendió equivocadamente el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de 10 de abril de 2014, que ahora es objeto del recurso de apelación en la presente acción de pérdida de investidura, que “la sentencia que sirve de fundamento a la tipificación de la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del Art. 122 superior, y de la cual se exige su preexistencia y ejecutoria previa a la inscripción y a la elección, es la sentencia de repetición ...” y como la “sentencia en el proceso de Repetición data del 10 de Septiembre de 2013, dicha fecha es muy posterior a la de la necesaria inscripción y a la de la elección, no logrando probar el solicitante de la pérdida el referido supuesto de hecho de la pre existencia de sentencia judicial ejecutoriada que estructure la causal invocada”. (Se subraya); no es de recibo, toda vez que, el fin teleológico de esta acción, es declarar responsable al servidor público a reembolsar o devolver al Estado el dinero que éste canceló a las víctimas por la reparación del daño causado por aquel; acción que a todas luces no es la que establece el inciso final del artículo 122 de la Constitución; contrario sensu, éste corresponde a la acción mediante la cual “el Estado sea condenado a una reparación patrimonial”, que no es otra distinta a la de reparación directa, como se analizó en párrafos precedentes; máxime que al momento en que el señor PEÑA RIAÑO se inscribió y cuando fue elegido Diputado de la Asamblea Departamental de Santander – 30 de octubre de 2011 – ya había sido condenado el Estado a reparar el daño mediante sentencia de 16 de julio de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, “sentencia judicial ejecutoriada” en la que se repite, el Estado fue “condenado a una reparación patrimonial”, en virtud de la conducta gravemente culposa que como servidor público desplegó PEÑA RIAÑO.

En cuanto a la excepción allí establecida, cuyo tenor literal es “salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”, no le es aplicable al demandado, por cuanto, al momento de la inscripción y ser elegido Diputado, esto es, para el año 2011 no había asumido el valor del daño, puesto que lo hizo con ocasión a la presente acción de pérdida de investidura, esto fue el 13 de marzo de 2014 (fl. 117); sin contar que el pago realizado no cuenta con la liquidación de la condena judicial (...)”

7.- Consideraciones de la Sala

7.1.- Procedibilidad de la acción pérdida de investidura

En el expediente reposa certificación de 5 de febrero de 2014, mediante la cual el Secretario General de la Asamblea Departamental de Santander relaciona los nombres de los 16 diputados que se encuentran activos en ejercicio de sus funciones, dentro de los que se encuentra el demandado (folio 70, expediente).

Acreditado está que el demandado ostenta la condición de diputado de la Asamblea Departamental de Santander, siendo, entonces, sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura.

7.2.- Problema jurídico

Corresponde establecer a la Sala si el diputado por el departamento de Santander para el período 2012-2015, Luís Fernando Peña Riaño, incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Carta Política, causal de pérdida de investidura por virtud de los artículos 183² y 299³ de la Constitución Política⁴, por el hecho de

² ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PARAGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Inciso Adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2011, El nuevo texto es el siguiente:

La causal 1 en lo referido al régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los Congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos.

³ ARTICULO 299. Modificado por el art. 3, Acto Legislativo 01 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley.

⁴ Esta Sala en sentencia de veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012), Radicación número: 44001-23-31-000-2011-00173-01(PI), Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

haber sido declarado responsable por culpa grave de los hechos acaecidos el 7 de febrero de 1998 y condenado al pago de una suma de dinero a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en el trámite de la acción de repetición iniciada por dichas entidades públicas en contra del hoy diputado, mediante decisiones judiciales de 18 de diciembre de 2009 y 10 de septiembre de 2013.

7.3.- La causal de pérdida de investidura en que habría incurrido el demandado.

La inhabilidad que se le endilga al demandado es la prevista en el artículo 122 de la Carta Política, que al tenor señala:

*“(...) **ARTICULO 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

*Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. **El nuevo texto es el siguiente:** Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.*

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño (...).”

(E), señaló: “(...) En cuanto a los diputados, esta Sección, en sentencia suya⁴, dijo: “De tal manera que no obstante que el artículo 48 de la Ley 617, en lo que toca con los diputados no consagró expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades, como la violación de dicho régimen sí constituye causal de pérdida de investidura para los Congresistas⁴ lo es también para aquéllos en la medida en que comparten dicho régimen, por la remisión que hace el artículo 299 constitucional.” (...).”

Nótese como la disposición constitucional establece el candidato “(...) *no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos (...)*”, lo que quiere indicar que el hecho que da lugar a la configuración, esto es, la existencia de una sentencia ejecutoriada en la que (i) el Estado haya sido condenado patrimonialmente, y (ii) la conducta del servidor público sea calificada como dolosa o gravemente culposa, **debe presentarse con anterioridad a la inscripción o a la elección del candidato.**

No le asiste razón al apelante, entonces, cuando indica que “(...) *mientras que la nulidad electoral las analiza solo en el momento en que el candidato es inscrito y posteriormente elegido, se puede demandar en un término perentorio de 30 días, la acción de pérdida de investidura, las analiza en virtud de determinar de manera intemporal, si el congresista, diputado o concejal, una vez en ejercicio del cargo, continúan teniendo las calidades que la investidura del mismo, les exige la ley y la constitución (...)*, pues el análisis de la conducta del demandado se realiza a la luz de la disposición constitucional y legal que establece la inhabilidad, la cual, para el presente caso, establece claramente que la misma debe darse **con anterioridad a la inscripción o a la elección del candidato.**

Siguiendo la posición del demandante, expuesta en la demanda de pérdida de investidura y en el recurso de apelación presentado en contra de la decisión de primera instancia, **las decisiones judiciales que dan lugar a la configuración de la causal de pérdida de la investidura son las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio y el Tribunal Administrativo del Meta, en el trámite de la Acción de Repetición No. 50-001-23-31-000-2006-00152-01** (Folios 316-335, Cuaderno Ppal).

En esa medida, entonces, **la inhabilidad prevista en dicha disposición no se configuró**, si tenemos en cuenta que la decisión de primera instancia que se profirió el día 18 de diciembre de 2009 por el Juzgado Segundo Administrativo del Meta, fue objeto del recurso de apelación el cual fue resuelto mediante sentencia de 10 de septiembre de 2013, quedando debidamente ejecutoriada “(...) *el veinticuatro (24) de septiembre de 2013 (...)*” (Folios 316-335, Cuaderno Ppal),

esto es, con posterioridad a la fecha de inscripción y elección del señor Luís Fernando Peña Riaño (5 de diciembre de 2011⁵).

Esa tesis coincide con la expuesta por la primera instancia, al indicar que «*Con la anterior reseña probatoria se entiende que, si la sentencia en el proceso de Repetición data del 10 de septiembre de 2013, dicha fecha es muy posterior a la de la necesaria inscripción y a la de la elección, no logrando probar el solicitante de la pérdida el referido supuesto de hecho de la pre existencia de sentencia judicial ejecutoriada que estructure la causal invocada*».

Conforme lo ha indicado ésta Sala, “(...) *El principio de hermenéutica jurídica implica que las causales de pérdida de investidura “deban ser concebidas como de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, pues no puede perderse de vista que la pérdida de investidura es una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad”*⁶ (...)”⁷, por ello no puede aceptarse la interpretación extensiva que de la causal de inhabilidad pretende realizar el apelante puesto que de la forma en que está redactada la norma constitucional que establece la inhabilidad, se descarta plenamente que pueda configurarse **como una inhabilidad sobreviniente**, esto es, que la inscripción y elección precedan a la existencia de la decisión judicial ejecutoriada.

Ahora bien en sentencia 20 de junio de 2013⁸, esta Sala reconoció la existencia de inhabilidades sobrevinientes, lo hizo en relación con la causal de pérdida de investidura prevista en los artículos 33 numeral 1º y 48 numeral 6º de la Ley 617 de 2000, referida a la existencia de sentencia judicial de carácter penal, norma del siguiente tenor:

⁵ La Registraduría Nacional del Estado Civil, en comunicación dirigida al señor Julio Cesar Villate, indicó que “(...) *conforme a lo dispuesto por el Acuerdo No. 009 del 05 de diciembre de 2011, emanado por el Consejo Nacional Electoral, el señor Luís Fernando Peña Riaño, fue elegido Diputado Departamental de Santander en los comicios electorales que se realizaron el 30 de Octubre de 2011 (...)*”, acto administrativo que se allega al plenario (Folios 42 – 52, Cuaderno Principal).

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de julio de 2015. Rad.: 2012 – 0059. Magistrada Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, REF: Radicación No. 25000233600020140160901. Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: HERNÁN GUTIÉRREZ SOTO.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil trece (2013), Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00739-01(PI), Actor: DAWUERTH ALBERTO TORRES VELASQUEZ, Demandado: MAURICIO VALDES CONCHA

LEY 617 DE 2000

«ARTICULO 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 48. PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:
(...)

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley»

Al respecto, la Sala realizó una serie de argumentaciones referidas, precisamente, a la existencia de una condena judicial de carácter penal, cuya naturaleza es diferente de la que origina el debate judicial en esta acción de pérdida de investidura, en la siguiente forma:

«No obstante, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que no tendría sentido que no pudiera inscribirse o resultar elegido quien tuviera una condena pero sí pudiera ejercer el cargo si la sentencia condenatoria fue posterior a la elección.

Por eso, en esta ocasión la Sala reitera lo consignado en sentencia de 15 de agosto de 2002⁹, en la que se precisó que cuando se presenta la causal de inhabilidad consistente en haber sido condenado a pena privativa de la libertad mediante sentencia, la cual fue proferida y ejecutoriada con posterioridad a la elección como candidato, dicha causal tendría el carácter de sobreviniente y, por lo tanto, ya no estaría dentro del cuadro de causales de inhabilidad que, por su naturaleza, son anteriores al ejercicio del cargo. Al momento de surtir ejecutoria la sentencia penal, el diputado demandado se convirtió en inhábil para el ejercicio del cargo y en tal virtud, prospera la causal endilgada en la demanda. Dijo la Sala:

“La parte demandada alega que como la sentencia penal condenatoria, que se alega como causal de inhabilidad, fue proferida con posterioridad a los eventos ya mencionados, el concejal no se encuentra inhabilitado para el ejercer el cargo, pues en la práctica es un hecho sobreviniente. El a quo decretó la Pérdida de la Investidura con

⁹ Expediente: 2001-0725, Actor: Carlos Javier Gómez Figueroa Díaz, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

base en el razonamiento de que si la ley considera inhábil a un sentenciado para ejercer el cargo de concejal municipal, con mucha mayor razón debe prosperar la demanda si en ejercicio de tal cargo se profiere sentencia penal condenatoria. La Sala comparte el razonamiento del Tribunal de primera instancia, pues la interpretación por la que aboga el demandado llevaría al absurdo que quien se encuentre sentenciado penalmente por delito diferente a los políticos o culposos no puede ser inscrito como candidato al cargo de concejal municipal, mientras que el ya elegido como tal estaría habilitado para contravenir la ley penal y ser sentenciado, pues al presentarse la causal de inhabilidad con posterioridad a la elección, ésta tendría el carácter de sobreviniente y, por lo tanto, ya no estaría dentro del cuadro de causales de inhabilidad que, por su naturaleza, son anteriores al ejercicio del cargo. Y respecto de la inhabilidad sobreviniente esta Sección se ha pronunciado en el siguiente sentido: “En conclusión, según el artículo 43 de la Ley 136 (tal como fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617) la condena a pena privativa de la libertad es inhabilidad para ser inscrito o elegido. Es decir, que esta norma se ocupa de las condenas anteriores a la inscripción de la candidatura. En cambio, el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 200 considera las condenas impuestas a un servidor público en cualquier tiempo, incluso estando en funciones, erigiéndola en inhabilidad para «desempeñar» cargo público alguno, aun el que se venía desempeñando. De manera que la condena al concejal en funciones lo inhabilita para continuar sirviendo el cargo y es, por lo tanto, causal de pérdida de investidura, comprendida en el numeral 6. del artículo 48 de la Ley 136 esto es, en «las demás expresamente previstas en la Ley.» Para la Sala, la pérdida de la investidura por haberse impuesto a un concejal en funciones una condena a pena privativa de la libertad, no solamente tiene fundamento en el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 136 y en el numeral 1. del artículo 43 de la Ley 200. También deriva del numeral 1. del artículo 43 de la Ley 136, interpretado a la luz de la Constitución Política. En efecto, la inconsistencia que se advierte entre las expresiones «no podrán ser congresistas» (utilizada por el artículo 179 de la Carta) y «no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal (utilizada por el artículo 43 de la Ley 136) no es más que aparente, porque en la prohibición de inscribirse como candidato o ser elegido está implícita la prohibición de «ser» concejal. Si los concejales son elegidos para un período de tres años (art. 50, Ley 136), están en el deber de preservar en todo este lapso las calidades que los habilitan para servir tal dignidad, pues la Constitución los hace responsables frente a la sociedad y sus electores por el cumplimiento de sus funciones.”

Además, debe resaltarse la norma constitucional contenida en el artículo 299 de la Constitución Política según la cual “el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.”

El artículo 179 de la Carta Política al establecer las inhabilidades de los congresistas estableció:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos y culposos. (...)”

La norma constitucional en tratándose de congresistas, no distingue los momentos a los que se refiere el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, que trata de la inscripción y la elección.

En el caso de los congresistas, la norma constitucional no distingue y cubre no solo esos momentos, sino fundamentalmente el ejercicio del cargo, pues resultaría contrario a los fines de la pérdida de investidura el que la persona pudiera entrar a ejercer el cargo habiendo sido condenada, sólo porque en el momento de la inscripción o en el de la elección, no existía la sentencia en firme, que sí aparece días después cuando ya ha tomado posesión del cargo.

De manera que, reitera la Sala que pese a que la sentencia penal condenatoria quedó ejecutoriada con posterioridad a la elección, se está frente a una inhabilidad sobreviniente y, por tanto, se configura la causal de pérdida de investidura.»

Encuentra la Sala, entonces, que tanto la causal como las reflexiones propias de la existencia de una condena de carácter penal, son diversas a las estudiadas en este proceso y, por ello, considera que no le son aplicables.

Es igualmente necesario señalar que durante el trámite del proceso judicial, el demandante aportó copia autenticada de un comprobante de consignación de un depósito judicial por un valor de \$159.323.644.41¹⁰ y, posteriormente, copia autenticada de un comprobante de consignación de un depósito judicial por un valor de \$13.884.577.64¹¹, sumas que conforme a la certificación del Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Villavicencio fueron retiradas por la Policía Nacional, lo cual dio lugar a que se declarara que el demandado se encuentra a paz y salvo por concepto de la condena administrativa emitida en la acción de repetición 50001-23-31-000-2006-00152-00¹², lo cual daría lugar a la aplicación del aparte final del inciso quinto del artículo 122 de la Carta Política que señala que no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos quien como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, diera lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, **salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.**

¹⁰ Folio 117 del cuaderno principal

¹¹ Folio 360 del cuaderno principal

¹² Folio 247 del cuaderno del Consejo de Estado.

De otro lado cabe advertir frente a lo indicado por el demandante consistente en que “(...) SE LE ESTÁ APLICANDO AL PRESENTE CASO LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE NULIDADES ELECTORALES Y NO SOBRE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CUANDO ESTAS SON DOS ACCIONES TOTALMENTE DIFERENTES (...)”, que de la lectura cuidadosa de la sentencia impugnada, la primera instancia esgrimió claramente las razones por las cuales consideraba que la sentencia que servía de fundamento a la tipificación de la inhabilidad alegada era «*la sentencia de repetición*», tesis que es compartida por el apelante pues este mismo señala que fueron las decisiones judiciales que se emitieron en desarrollo de la acción de repetición identificada con el número 2006-00152.

Así, manifestó que: «*El Tribunal responde con firmeza que la sentencia que sirve de fundamento a la tipificación de la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del Art. 122 superior, y de la causal se exige su preexistencia y ejecutoria previa a la inscripción y a la elección, es la sentencia de repetición, no sólo porque así lo haya interpretado el H. Consejo de Estado, sino por las siguientes razones*», elaborando una posición propia en relación con el punto debatido por lo que es evidente que lo afirmado por el actor carece de respaldo en la providencia judicial apelada.

En conclusión, es del caso confirmar la sentencia apelada que denegó la pérdida de investidura solicitada, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia,

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

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de 10 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Segundo.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Aclara Voto

GUILLERMO VARGAS AYALA