



CONSEJO DE ESTADO



CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera 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.¹

-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 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).

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



-Alega el accionante que el demandado está incurso en la causal de pérdida de inversión 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 socios² es decir de **HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ**, por tener el control sobre tal empresa se encuentra incurso en la causal de pérdida de inversión 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 cuaderno 1); oponiéndose a las pretensiones y exponiendo los siguientes argumentos:

-Señaló que la pérdida de inversión 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

² Sentencia Corte Constitucional C-353 de 2009.



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 parágrafo 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 Inestidura 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 8° y 9° 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 Luis 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 Luis 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 2° 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 2° 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 5° 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 inversión 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 inversión, 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 inversión 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 inversión, 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; 1° 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 desinversión 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:



Accionistas	Número de acciones	% Participación
HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ (Senador demandado)	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	HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ	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
HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ (Senador demandado)	47.125	7.250	47.125.000
José Luis Alfonso López	37.375	5.750	37.375.000



Accionistas	Número de acciones	% de participación	Valor
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. Reposa, 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 acciones a Teófilo Fadul	4.500		10.125
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
05/02/2008	Vende acciones a HÉCTOR JULIO ALFONSO LÓPEZ		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
No. Acciones	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 Carbono 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 INVERSIÓN ALEGADA: VIOLACION DEL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS

El peticionario invoca la causal de pérdida de inversión 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 Orgánica³ 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;

³ 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 públicos⁴.

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 recibida⁵.

Por su parte la Corte Constitucional ha precisado sobre las incompatibilidades lo siguiente⁶:

“ (...)

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

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

⁵ 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 Enríquez Rosero.

⁶ Sentencia C - 349 de 1994.



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 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**”⁷, 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 términos⁸:

“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,

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

⁸ 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.



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”. **(Negrillas 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 tal⁹. 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.”¹⁰
(Subrayas y negrillas fuera de texto)

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

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



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:

"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 ¹²

¹¹ 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.

¹² 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



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 inversión.

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 inversión.

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

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 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..



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:

*“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 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 accionaria¹³.

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.

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

¹³ 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**”.



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...*”¹⁴.

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 cerradas sometidas al control de las mismas personas, se anuncian como*

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



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 deE 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 inversión 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 anónima¹⁵, representada legalmente desde el 2005 por el señor Joaquín Enrique García Hernández.

¹⁵ 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*



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**.

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.

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”.



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. 1º) y son titulares de las rentas de ese monopolio los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios (art 2º). 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. 6º) 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. 7º).

Para el caso concreto del chance¹⁶ o apuesta permanente, el legislador del 2001 determinó que la respectiva explotación le

¹⁶ 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



corresponde a los 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, EMPOAZAR¹⁷ (Empresa Comercial de Juegos Suerte y Azar) es una empresa industrial y comercial del orden departamental, del nivel descentralizado¹⁸, 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

manual o sistematizada indica tanto el valor de la apuesta como el número que es máximo de cuatro dígitos, el cual si coincide con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado, gana el premio.

¹⁷Verificado en:

www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/homeMinhacienda/asistencia_entidadesterritoriales/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/. Última actualización de la página el 1° de junio de 2012.

¹⁸ 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.



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 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 Jarava 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 antecedieron 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 celebrado¹⁹.

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 2° 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,

F A L L A:

¹⁹ 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.



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