

TACHA DE FASEDAD – Clases / TACHA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA – Alcance / FALSEDAD MATERIAL – Procedencia / TACHA DE FALSEDAD – Oportunidad

La falsedad ideológica se refiere a la veracidad del contenido del documento, es decir, cuando el legítimo autor realiza manifestaciones ajenas a la realidad, mientras que, la falsedad material consiste en la alteración del documento autentico ya existente o de la creación de un documento falso. El Consejo de Estado ha señalado que, la tacha de falsedad procede en el caso de la falsedad material, pues su trámite y estructura está dirigido a determinar si la prueba documental ha sido irregularmente alterada o modificada, por el contrario, la falsedad ideológica tiene libertad probatoria (...) [L]a solicitud fue extemporánea. Los documentos tachados fueron decretados como pruebas en el curso de la primera instancia, por lo que, debía formularse en el término de ejecutoria de esa providencia

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 21 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 244 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 246 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 269

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza sancionatoria

La pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional sancionatorio, que es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, razón por la cual, le son aplicables todos los principios, reglas y garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso (...) Este proceso también ha sido comprendido como un mecanismo de control político o acción pública, que le permite a cualquier ciudadano(a), así como la Mesa Directiva de cada una de las Cámaras del Congreso de la República, reprochar las conductas de miembros de corporaciones públicas, que sean contrarias al buen servicio, al interés general y a la dignidad del cargo. Tiene por objeto la preservación de la ética, la moralidad de la actividad política y la confianza del electorado, porque, a través de este, se censuran los comportamientos contrarios al cargo que ostentan como representantes del pueblo

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018

PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL Y PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Diferencias

[E]n todo proceso de pérdida de investidura se debe apreciar la culpabilidad del investigado, con independencia de la causal alegada. El Consejo de Estado ha mencionado que el aspecto subjetivo es un elemento diferenciador entre este juicio y la nulidad electoral. No obstante, el elemento de culpabilidad ha sido un tema de constante crítica y evolución, porque su definición y contenido han adoptado diversas posturas jurídicas. De ahí que, el proceso de nulidad electoral sea diferente, porque en él se desarrolla un análisis objetivo de legalidad, que no tiene en cuenta la conducta del servidor, pues su único marco de referencia es el ordenamiento jurídico y no la valoración de la conducta de aquel

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 3 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD – Presupuesto de configuración

[S]on tres los eventos en que se configura la causal de inhabilidad objeto de estudio: 1) haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; 2) haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; 3) haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 3

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la finalidad de la inhabilidad objeto de estudio ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 19 de enero de 2010, Radicado 2009-00708-00(PI).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de gestión de negocios y celebración de contratos ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Radicación 2008-00316-00 (PI)

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Inhabilidad por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con estas en interés propio o de terceros dentro de los seis meses anteriores a la elección / CONTRATO SUSCRITO POR UNA ENTIDAD ESTATAL – No todos configuran la inhabilidad

[L]a causal requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) la gestión de negocios con entidades públicas debe ser ejecutada dentro de los 6 meses previos a la realización de la elección, esta debe ser entendida como una actividad positiva, concreta, seria y real, cuyo objeto debe ser la obtención de un negocio –o contrato con cualquier entidad estatal-, en beneficio propio o de un tercero y encontrarse plenamente acreditada, para lo cual no resultan suficientes meras inferencias o deducciones subjetivas; 2) no se requiere la concreción del negocio; 3) no se configura la causal en etapas coetáneas o subsiguientes a la celebración del contrato, entre ellas, la ejecución o liquidación; y, 4) la gestión debe realizarse en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato. Dilucidados los contornos de la gestión de negocios, es necesario explicar el alcance de la inhabilidad por la intervención en la celebración de contratos. Lo primero que debe resaltarse, es que la diferencia de estas dos inhabilidades reside en la existencia de un contrato (...) el juez de la pérdida de investidura deberá examinar de manera minuciosa la relación que existe entre el congresista y la persona natural o jurídica que presuntamente lo representa, porque no puede realizarse una simple verificación de los firmantes del contrato o de quienes conforman el ente societario que lo suscriben. Se debe advertir que, la celebración de contratos con entidades estatales atiende al perfeccionamiento del negocio jurídico. Por tanto, los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se entenderán celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, de conformidad con el artículo 41 de esta normativa. En el caso de los contratos de régimen exceptuado, como los convenios de asociación, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 8 del Decreto 92 de 2017, establece que le son extensivos los principios de la función administrativa y las normas generales de la contratación pública, salvo lo reglamentado por esta última normativa. Razón por la cual, deberán tenerse en cuenta los requisitos de perfeccionamiento aplicables a cada caso concreto, para determinar en qué momento se entiende celebrado el respectivo negocio jurídico. Es necesario aclarar que, no todo contrato suscrito con una entidad estatal tiene la potencialidad de configurar la

inhabilidad, porque hay escenarios en que el Estado ofrece servicios comunes a todos los ciudadanos, entre ellos, de manera ejemplificadora se destacan los contratos bancarios, como los servicios de cuenta corriente o de ahorros, los contratos de seguros, como las pólizas de seguros de vehículos o de personas y los contratos de salud, como la EPS estatal

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 13 / DECRETO 92 DE 2017 – ARTÍCULO 8 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 41

PÉRDIDA DE INVESTIDURA- Elementos objetivos

Dentro del análisis objetivo de la causal, se revisarán los tres elementos que han sido destacados por la jurisprudencia del Consejo de Estado: 1) el elemento temporal, esto es, si la conducta reprochada ocurrió dentro del periodo inhabilitante, es decir, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; (2) el elemento geográfico, es decir si la o las conductas objeto de reproche se desarrollaron en la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección; y, (3) el elemento conductual, esto es, si la conducta del congresista convocado se ajustó al verbo rector de la norma prohibitiva (haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o de un tercero). En relación con éste último, se plantearán y solucionarán dos problemas jurídicos cuyo análisis se dividirá. Respecto del elemento temporal, el periodo inhabilitante para este asunto se encuentra comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018. En esta fecha resultó elegido el señor Mockus para el periodo 2018-2022. Como las tratativas precontractuales y los convenios de asociación se desarrollaron en este lapso, está acreditado el primer elemento de la causal. El segundo requisito de la causal hace referencia al elemento geográfico, según el cual, de conformidad con el parágrafo del artículo 179 constitucional, la conducta debe haberse realizado en el lugar de la circunscripción electoral del candidato que, en el caso de los senadores de la República, corresponde a todo el territorio nacional. Como el señor Mockus Sivickas fue elegido senador de la República, la conducta pudo haber sido ejecutada en cualquier parte del territorio. Las pruebas documentales que obran en el expediente acreditan que, las etapas precontractuales y contractuales de los convenios de asociación fueron efectuadas en la ciudad de Bogotá, por lo que, está demostrado el requisito espacial de la causal. Para determinar la ocurrencia del elemento conductual de la causal, la Sala encuentra necesario resolver dos problemas jurídicos. El primero de ellos consiste en definir si la titularidad de la representación legal, como función nominal a cargo del congresista convocado, es relevante en la configuración de la causal alegada (2.4.1). La Sala anticipa desde ahora que, por las razones que se expondrán enseguida, la simple titularidad formal de las funciones de representación legal no se adecúa a los verbos rectores que definen la causal del artículo 179.3 de la Constitución. En consecuencia, la Sala debe resolver un problema jurídico adicional, que consiste en determinar, si se encuentra acreditada la participación activa, real, trascendente y útil del convocado en la gestión y celebración de los negocios jurídicos entre Corpovisionarios y la entidades públicas contratantes

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 3

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INCURRIR EN INHABILIDAD RELACIONADA CON POR HABER INTERVENIDO EN LA GESTIÓN DE NEGOCIOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS, O EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON ESTAS EN INTERÉS PROPIO O DE TERCEROS DENTRO

DE LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA ELECCIÓN – Elemento subjetivo de la causal

El elemento de culpabilidad ha sido un tema de constante evolución en la jurisprudencia del Consejo de Estado. La Corporación ha consolidado su definición y contenido y ha establecido los criterios para su estudio. Enseguida la Sala estudiará si el convocado (1) estaba en condiciones de comprender que las circunstancias configuraban el verbo rector de la causal, (2) si le era exigible otro comportamiento, (3) si atendió las normas jurídicas, y (4) si en el caso concreto la sanción es necesaria para cumplir sus finalidades constitucionales. La Sala encuentra que en la situación específica de este caso, (1) el convocado no podía comprender que su condición podría configurar el verbo rector de la causal, el señor Mockus Sivickas no podía comprender que, aunque ya se hubiera desprendido de todas las competencias contractuales y no hubiera realizado o incidido en ninguna actuación relacionada con ellas, conservar nominalmente la calidad de representante legal de Corpovisionarios era lo mismo que gestionar o celebrar contratos. La imposibilidad de que el convocado pudiera entender sus circunstancias en esos términos, deriva del propio texto de la Constitución, que prevé la inhabilidad para quienes gestionen o celebren contratos con entidades públicas, y para quienes sean representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales. Los dos primeros supuestos fueron diseñados por el constituyente con verbos específicos que remiten a actuaciones concretas: gestionar y celebrar contratos (directa e indirectamente). La Sala encuentra que el señor Mockus Sivickas no tenía razones para equiparar esos verbos a la mera calidad jurídica de representante legal, que además fue conscientemente vaciada de contenidos contractuales por el propio convocado en ejercicio de sus potestades estatutarias. El convocado no podía interpretar que su conducta podía configurar la causal que se alegó en este proceso (...) no se le podía exigir otro comportamiento. El Señor Mockus Sivickas tenía la convicción plena y sincera de que su conducta estaba enmarcada en las normas que la regían. Él actuó observando los estatutos creados por el máximo órgano de Corpovisionarios, cuya legalidad fue presumida por él, los demás órganos corporativos y los terceros contratantes, a tal punto que, durante muchos años el director ejecutivo negoció y suscribió numerosos contratos con entidades públicas y privadas. (...) No es suficiente que el congresista convocado ponga de presente la convicción que tenía sobre la rectitud de su conducta, por lo que el juez de la pérdida de investidura debe analizar si esa apreciación era superable o no. La Sala encuentra que la consciencia que el Senador tenía sobre la legalidad de sus conductas, estaba fundada en elementos constatables que impiden al juez exigirle razonablemente otro comportamiento. (...) El convocado entendía que su conducta había sido suficiente para liberarse de toda función contractual. Esa convicción se instaló también en los órganos corporativos, y en las entidades públicas contratantes (...) (3) el convocado atendió las normas jurídicas que son objeto de la competencia del juez de la pérdida de investidura. El señor Mockus Sivickas, en atención a lo dispuesto el artículo 179.3 constitucional, se desprendió de las competencias contractuales que tenía a su cargo, se abstuvo de ejercer cualquiera de ellas, se apartó de toda negociación, ni asumió ningún comportamiento activo, trascendente, útil o serio respecto de la gestión o celebración de los convenios analizados, por lo que la Sala encuentra acreditado que el convocado atendió las normas que pueden valorarse en esta sede. (...) En todo caso, aunque la Sala encuentra acreditado que el convocado atendió las normas jurídicas, en gracia de discusión anota que no tenía un único referente de interpretación de la causal al que debía ceñirse. Esto se debe a las posiciones encontradas que resolvieron un caso, cuyos hechos son diferentes al del señor Mockus Sivickas, pero que guarda cierta similitud con él. En sede de nulidad

electoral la Sección Quinta conoció de fondo sobre la discusión que giraba en torno a la representación legal y sus consecuencias, y estableció que la condición de representante legal podía entenderse como elemento relevante para la configuración de la inhabilidad. La Sala Plena, en cambio, en sede de pérdida de investidura, sostuvo la regla de competencia que se recogió en este fallo, según la cual, no está habilitada para resolver las vicisitudes de la representación legal, ni para derivar de ellas consecuencias respecto de la configuración de la causal del artículo 179.3 constitucional. En consecuencia, según esta última posición, el juez de la pérdida de investidura sólo debe valorar las conductas probadas del convocado, al margen de los problemas referentes a la representación legal de la persona jurídica y a la existencia, validez, eficacia y oponibilidad de sus negocios jurídicos. (...) (4) la sanción de pérdida de investidura, en el caso concreto, no es necesaria para garantizar sus fines Constitucionales (...) como en el caso bajo estudio, no es necesaria la sanción de pérdida de investidura, no resulta procedente la valoración del test de proporcionalidad en sentido estricto

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01(PI)

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Procesos acumulados 11001-03-15-000-2018-02417-01, 11001-03-15-000-2018-2445-01 (Solicitantes: Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla) y 11001-03-15-000-2018-2482-01 (Solicitante: Saúl Villar Jiménez)

Temas: PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD-Presupuestos de configuración – PÉRDIDA DE INVESTIDURA- Inhabilidad por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con estas en interés propio o de terceros dentro de los seis meses anteriores a la elección –PÉRDIDA DE INVESTIDURA- Elementos objetivos y subjetivo de la causal.

Síntesis del caso: los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez presentaron solicitudes de pérdida de investidura contra el señor señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas., con fundamento en la causal 1 del artículo 183 constitucional, que hace referencia a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, porque consideraron que el senador se encontraba inhabilitado para ser elegido congresista, bajo los términos del numeral 3 del artículo 179 constitucional, que hace alusión a la gestión de negocios ante entidades públicas y a la celebración de contratos con estas en interés propio o de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹ resuelve, en segunda instancia, la solicitud de pérdida de investidura presentada por los señores José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla, en contra del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones; 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1 Solicitudes de pérdida de investidura y trámite de primera instancia; 1.2 Recursos de apelación y trámite de segunda instancia.

1.1 Solicitudes de pérdida de investidura y trámite de primera instancia

1. El 23 de julio de 2018, el señor José Manuel Abuchaibe Escolar presentó **solicitud de pérdida de investidura**² contra el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, por haber violado el régimen de inhabilidad e incompatibilidad. En la misma fecha, los señores Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla presentaron la **segunda solicitud de pérdida de investidura**³, por la misma causal.

2. El 25 de julio de 2018, el señor Saúl Villar Jiménez presentó la **tercera solicitud de pérdida de investidura**⁴ contra el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, por haber violado el régimen de inhabilidad e incompatibilidad y transgredido los artículos 268 y 269 de la Ley 5 de 1992, al bajarse los pantalones y mostrar sus nalgas en el recinto del Congreso de la República.

3. Los fundamentos fácticos comunes de las solicitudes hacen referencia a que el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas fue elegido senador de la República, para el periodo constitucional 2018-2022. El convocado se encontraba inhabilitado para ser congresista, de conformidad con el numeral 3 del artículo 179 constitucional, debido a que, dentro de los seis meses anteriores a su elección, gestionó, participó e intervino en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, ya que se desempeñaba como presidente de la Corporación Visionarios por Colombia (Corpovisionarios).

4. El 11 de marzo de 2018, se desarrollaron las elecciones del congreso 2018-2022, fecha en la que el convocado aparecía como presidente y representante legal de Corpovisionarios, entidad sin ánimo de lucro, que celebró, el 9 de noviembre de 2017, cuatro meses antes de las elecciones parlamentarias, el Convenio de Asociación 10 con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto (ACPP), entidad adscrita al Departamento de Cundinamarca, por valor de \$428.571.729 con el objeto de *“aunar esfuerzos humanos,*

¹ En sesión de 6 de agosto de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no aprobó el primer proyecto de sentencia sobre este asunto, por lo que se remitió el expediente al siguiente ponente en turno.

² Folios 1 a 21 del cuaderno 1 principal.

³ Folios 1 a 9 del cuaderno 2 del expediente acumulado.

⁴ Folios 1 a 11 del cuaderno 3 del expediente acumulado.

administrativos, técnicos y financieros para apoyar el diseño y la implementación de un ejercicio de visión compartida en el departamento de Cundinamarca, que desde el enfoque de cultura ciudadana contribuya a la construcción de una mirada de paz por parte de la ciudadanía, que parta de la corresponsabilidad en las relaciones personales y familiares de la vida cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes⁵”.

5. El 10 de noviembre de 2017, Corpovisionarios suscribió el Convenio de Asociación 566, cuatro meses antes de las elecciones, con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá DC (UAESP), entidad adscrita al Distrito Capital, por valor de \$671.943.127 con el objeto de *“aunar esfuerzos entre los asociados para el fortalecimiento de la cultura ciudadana en el distrito capital de Bogotá, que logre el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos y separación en la fuente en la ciudad de Bogotá⁶”.*

6. Los solicitantes manifestaron que no existía ningún registro en el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios que permitiera establecer que el congresista estaba en licencia, que había sido reemplazado o que hubiera renunciado a su condición de presidente y representante legal.

7. Manifestaron que, a pesar de que el director ejecutivo de Corpovisionarios Henry Samuel Muarraín Knudson había suscrito los convenios de asociación referenciados, de conformidad con la Resolución 1 de 4 de septiembre de 2006 y la Resolución 3 de 10 de octubre de 2014, quien seguía figurando como representante legal y presidente de la corporación era el congresista convocado.

8. Explicaron que el congresista había cumplido una función transcendental en la celebración del Convenio de Asociación 10 de 9 noviembre de 2017, porque había sido designado como coordinador general de la propuesta, por lo que tendría un papel importante en la ejecución del objeto del negocio. De ahí que se evidenciara la gestión, participación e intervención en la celebración del contrato, en interés propio o de terceros, dentro del periodo señalado en la norma constitucional.

9. Respecto del elemento subjetivo, las solicitudes indicaron que el congresista conocía o debía conocer que su comportamiento era contrario al ordenamiento jurídico, porque la ignorancia de la ley no servía de excusa, bajo el artículo 9 del Código Civil.

10. El 25 de julio de 2018, se profirió **Auto admisorio⁷** de la primera solicitud de pérdida de investidura, que ordenó la notificación y traslado.

11. El 26 de julio de 2018, la Consejera de Estado Martha Nubia Velásquez Rico admitió la solicitud identificada con radicado 2018-2445 y ordenó la remisión⁸ del expediente al despacho de la Consejera de Estado María Adriana Marín. De la

⁵ Folios 81 a 101 del cuaderno 1 principal

⁶ Folios 43 a 49 del cuaderno anexo 13.

⁷ Folios 105 a 107 del cuaderno 1 principal.

⁸ Folios 94 a 96 del cuaderno 2 del expediente acumulado.

misma forma, el Consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter, ordenó la remisión⁹ del expediente 2018-02482.

12. El 31 de julio de 2018, por medio de providencia¹⁰, se decretó la **acumulación** de las solicitudes de pérdida de investidura, con base en el artículo 16 de la Ley 1881 de 2018 y se admitió la solicitud instaurada por el señor Saúl Villar Jiménez.

13. El 9 de agosto de 2018, el congresista convocado radicó **escrito de oposición**¹¹ a las solicitudes de pérdida de investidura, en el que manifestó que la vulneración de los artículos 268 y 269 de la Ley 5 de 1992, por haber exhibido sus nalgas, no constituía causal de pérdida de investidura, en los términos del artículo 183 constitucional.

14. Sobre la inhabilidad, afirmó que, no había realizado ninguna tarea, diligencia, reunión o gestión de negocios de los convenios de asociación 10 y 566, toda vez que, quien había realizado dichas actividades era el señor Samuel Murraín Knudson, en su calidad de director ejecutivo, en ejercicio de las facultades de representación legal que le habían otorgado años atrás.

15. Explicó que, si bien las resoluciones que contienen la delegación no se encuentran registradas en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, dicho acto goza de plena validez jurídica, por lo que, no se encuentra acreditada su participación personal y activa en los actos relacionados con la celebración de negocio jurídico alguno.

16. Adicionalmente expresó dos consideraciones, primero, las inhabilidades son de interpretación restrictiva y no analógica; segundo, los solicitantes no acreditaron el elemento subjetivo de la causal.

17. El 13 de agosto de 2018 se profirió **Auto de pruebas**¹². Posteriormente, el 8 de octubre de 2018, se desarrolló la **audiencia pública**¹³, en cumplimiento de los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018.

18. El 19 de febrero de 2019, la Sala 1 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado mediante **Sentencia de primera instancia**¹⁴, negó las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura y compulsó copias de la decisión a la Comisión de ética del Senado para que surtiera el trámite disciplinario si lo considerara pertinente, toda vez que, bajarse los pantalones y mostrar las nalgas no se adecuada en ninguna de las causales de pérdida de investidura.

19. El fallo anterior, sustentó la decisión bajo los siguientes argumentos: en primer lugar, señaló que no se configuraba la causal de pérdida de investidura, porque el

⁹ Folio 30 del cuaderno 3 del expediente acumulado.

¹⁰ Folios 112 a 114 del cuaderno 1 principal.

¹¹ Folios 129 a 143 del cuaderno 1 principal.

¹² Folios 147 a 149 del cuaderno 1 principal.

¹³ Folios 209 a 294 del cuaderno 1 principal.

¹⁴ Folios 346 a 378 del cuaderno 2 principal.

congresista, con base en las disposiciones de los estatutos de Corpovisionarios, por medio de la Resolución 3 de 2014, delegó en el director ejecutivo, la facultad para celebrar contratos en cuantía inferior o igual a 1.400 smlmv, razón por la cual, el congresista se desprendió de esa función y, en consecuencia, el director ejecutivo no actuó en representación del presidente, sino, en nombre de Corpovisionarios.

20. En igual sentido, la Sala 1 Especial de Decisión indicó que estaba debidamente acreditado que los convenios aludidos no superaron la cuantía prevista en el acto de delegación, por lo que el director ejecutivo era competente para celebrar los negocios jurídicos en cuestión. De esta forma, no actuó como mandatario del congresista, sino como representante legal de Corpovisionarios.

21. Preciso que no era posible atribuir al señor Mockus Sivickas la conducta de la causal invocada, porque existía una representación legal “compartida”, contemplada en los estatutos de Corpovisionarios y no se logró demostrar que la suscripción de los convenios de asociación tuviera como propósito beneficiar directamente al demandado.

22. Asimismo, afirmó que no se configuraba la supuesta gestión de negocios, porque no se evidenciaba en el expediente ninguna actuación positiva, activa o dinámica del congresista para lograr la suscripción de los contratos. En consecuencia, como no se acreditó el elemento objetivo, no era necesario analizar el elemento subjetivo de la causal.

1.2 Recursos de apelación y trámite de segunda instancia

23. El 6 de marzo de 2019, el señor José Manuel Abuchaibe Escolar interpuso **recurso de apelación**¹⁵ contra el fallo de primera instancia, con base en los siguientes argumentos: señaló que el fallo desconocía la normativa vigente y hacía una valoración probatoria precaria, toda vez que, dio por acreditada la representación legal “compartida”, a pesar que, las Resoluciones 1 de 2006 y 3 de 2014 no aparecían registradas ante la Cámara de Comercio de Bogotá, razón por la cual, por seguridad jurídica, los representantes legales inscritos en las cámaras de comercio conservaban tal carácter para todos los efectos legales, mientras no sea cancelada dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. Anotó que esos documentos no eran oponibles a terceros ni surtían efectos jurídicos.

24. Sostuvo que los convenios de asociación fueron suscritos por el director ejecutivo, el señor Henry Samuel Murraín, quien actuó como simple mandatario del congresista y no en nombre de la corporación. En igual sentido, precisó que, por más amplio que fuera el mandato, el apoderado no podía reputarse representante legal.

¹⁵ Folios 386 a 395 del cuaderno 3 principal.

25. El impugnante señaló que era evidente la ventaja que había adquirido el congresista respecto de otros candidatos, debido a la proximidad con el poder, los recursos públicos y la capacidad para actuar en nombre del Estado ante la comunidad.

26. Manifestó que resultaba extraño que el 10 de mayo de 2018, Corpovisionarios hubiera registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá un acto de reforma parcial en la que se modificaban las facultades de representación legal que ostentaba el presidente y las ponía en cabeza del director ejecutivo, como si pretendieran encauzar legalmente hacia el futuro las actuaciones para evitar lo sucedido con la inhabilidad.

27. El apelante afirmó que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre algunos hechos probados del expediente, por lo que solicitaba a esta instancia una valoración concreta de estos, entre ellos: a) la solicitud formulada por la ACPP para la celebración del Convenio 10 de 2017 con Corpovisionarios, que fue dirigida al señor Mockus Sivickas como cabeza visible de la entidad; b) los estudios previos del convenio que mencionaban la experiencia del congresista, su hoja de vida y el papel de coordinador que tendría sobre la propuesta; c) en la propuesta de ese convenio aparecía el señor Mockus Sivickas como presidente de la corporación y del consejo directivo; d) en el presupuesto del proyecto se establecieron los transportes y viáticos de encuestadores, dinamizadores y del profesor Antanas Mockus; y, e) la participación del convocado en una reunión del comité en el cual se aprobó un aporte de 30% por parte de la entidad para la ejecución del convenio con la ACPP.

28. El 6 de marzo de 2019, los señores Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Padilla Hernández presentaron **recurso de apelación**¹⁶ contra la decisión de primera instancia. Expresaron que, estaba plenamente acreditada la inhabilidad, porque el señor Mockus Sivickas intervino en la gestión de los contratos suscritos en noviembre de 2017. El sustento de lo anterior residía en la carta de invitación para celebrar el convenio con la ACPP, que iba dirigida al representante legal y presidente, quien también participó en un comité donde se aprobó la realización de un aporte del 30% del valor del contrato. Asimismo, su nombre se encontraba referenciado dentro del objeto del contrato que era dictar conferencias.

29. El 29 de marzo de 2019, por medio de providencia se **admitieron los recursos de apelación**¹⁷.

30. El 9 abril de 2019, el señor Mockus Sivickas presentó **escrito de oposición**¹⁸ al recurso de apelación, con fundamento en las siguientes consideraciones: en primer lugar indicó que, respecto de la gestión de negocios ante entidades públicas no se encontraba prueba alguna que demostrara una participación personal, activa, insistente y reiterativa. Por el contrario, expresó que, los testimonios rendidos por el subgerente técnico y el subgerente administrativo y

¹⁶ Folios 396 a 399 del cuaderno 3 principal.

¹⁷ Folio 413 del cuaderno 3 principal.

¹⁸ Folios 437 a 457 del cuaderno 3 principal.

financiero de la ACPD demostraron que quien ejerció la representación legal de la corporación, y se encargó de la gestión y suscripción del convenio 10 de 2017, fue el señor Murraín Knudson.

31. En segundo lugar sostuvo que, los testimonios mencionados mostraron de forma clara que, el interés de la ACPD para contratar con Corpovisionarios, obedeció al conocimiento previo sobre la experiencia exitosa de la corporación, razón por la cual, no existió participación por partes del congresista convocado. Adicionalmente precisó que, la carta de invitación que la ACPD dirigió al señor Mockus Sivickas, fue contestada por el señor Henry Murraín, lo que demostraba que las gestiones orientadas a la suscripción del convenio fueron realizadas por este y no por el congresista.

32. En tercer lugar, sobre la causal de inhabilidad por celebración de contratos, afirmó que, con base en los estatutos, al tener la calidad de presidente estaba facultado para delegar la representación legal de la corporación en cabeza del director ejecutivo. Asimismo, manifestó que, los convenios, fueron suscritos por el señor Henry Samuel Murraín en representación de Corpovisionarios y no del congresista convocado, por lo que, a pesar de que los actos de delegación no se encontraban en el certificado expedido por la Cámara de Comercio, esto no les restaba validez jurídica.

33. En cuarto lugar consideró que los impugnantes estaban desnaturalizando el proceso de pérdida de investidura al suscribir el debate sobre la legalidad de los actos y los procedimientos de naturaleza privada de una entidad sin ánimo de lucro. De igual forma, puso de presente que era imposible realizar un juicio de culpabilidad porque no se encontraba acreditada la causal de inhabilidad. Adicionalmente, agregó que, de afirmarse lo contrario, en esta instancia no podría exigírsele al convocado tener certidumbre respecto de qué hechos reprochados podrían generarle una eventual inhabilidad.

34. El 10 de abril de 2019 el **Ministerio Público rindió concepto**¹⁹, en el que solicitó confirmar la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos: en primer lugar indicó que, ante la Sección Quinta del Consejo de Estado, cursaba una demanda de nulidad electoral y que en virtud del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, en caso de que esta fuera resuelta antes que los recursos de apelación, debía dársele el carácter de cosa juzgada respecto del factor objetivo.

35. En segundo lugar expresó que el hecho de que en la invitación de la ACPD y en los estudios previos de esa entidad y de la UAESP apareciera el nombre del congresista, no demostraba la actividad para gestionar negocios, porque tal circunstancia no evidenciaba actividades directas, concretas, positivas e inequívocas frente a las entidades estatales tendientes a lograr la adjudicación de los convenios. De esta forma, sostuvo que el buen nombre o buen crédito del señor Mockus Sivickas era parte de su patrimonio inmaterial y no podía ser entendido como una gestión de negocios. Finalmente, arguyó que estaba demostrado que la propuesta presentada por Corpovisionarios y demás actos

¹⁹ Folios 459 a 472 del cuaderno 3 principal.

precontractuales, fueron realizados por el director ejecutivo y no por el senador cuestionado.

36. En tercer lugar, respecto de la inhabilidad de celebrar contratos con entidades públicas, señaló que, estaba demostrado que esos convenios fueron suscritos de forma directa por el señor Henry Murraín Knudson. Asimismo, precisó que la validez de la delegación y convenios escapaba de la competencia del juez de la pérdida de investidura, pues este debía determinar si el convocado gestionó o celebró contratos con entidades públicas.

37. En cuarto lugar expuso que los estatutos de la entidad sin ánimo de lucro permitían el ejercicio de la representación legal tanto del presidente como del director ejecutivo, pues quien debía delegar era el presidente, acto que se dio mediante la Resolución 3 de 2014, la cual no fue inscrita, pero que no afectaba el análisis de la inhabilidad porque quien gestionó y suscribió los negocios fue el señor Henry Murraín Knudson. Adicionalmente, afirmó que el director ejecutivo había suscrito, por más de 12 años, negocios jurídicos con entidades públicas, de conformidad con los actos de delegación

38. El 29 de mayo de 2019 los señores Víctor Velázquez Reyes y Ricardo Padilla Hernández, mediante oficio, presentaron **tacha de falsedad**²⁰ respecto de las resoluciones visibles a folios 108 del anexo 8 y 179 del anexo 10 del expediente, mencionadas en el documento de la Cámara de Comercio, porque no se radicaron, ni se registraron, sino que, fueron llenados con posterioridad.

39. El 31 de mayo de 2019 el señor José Manuel Abuchaibe Escolar, mediante oficio²¹, señaló que la primera instancia había pasado por alto que la Resolución 3 de 10 de octubre 2014, proferida por el senador convocado, no se encontraba registrada ante la Cámara de Comercio. También, expresó que Corpovisionarios había incurrido en fraude procesal y falsedad en documento, en atención a que adjuntaron las Resoluciones 1 de 4 de septiembre de 2006 y 3 de 10 de octubre de 2014, aparentemente con sello de recibido de la Cámara de Comercio, pese a que estas nunca fueron registrados. Por estas razones, solicitó que se investigara penalmente.

40. El 31 de mayo de 2019, el apoderado del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, adjuntó copias de la primera hoja del libro de actas de Corpovisionarios 1 y 2, así como las Resoluciones 1 de 2006, 2 de 2007 y 3 de 2013. Adicionalmente, puso de presente que, el fallo de 11 de abril de 2019, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado no debía tenerse en cuenta por la Sala Plena del Consejo de Estado, porque este se había dictado sin competencia, debido a que el primer fallo de pérdida de investidura constituía cosa juzgada.

41. En igual sentido, señaló que la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante Auto de 15 de mayo de 2019, proferido en el marco de una de acción de

²⁰ Folio 654 del cuaderno 4 principal.

²¹ Folios 656 a 667 del cuaderno 4 principal.

tutela, había suspendido los efectos de la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ante un probable desconocimiento del principio *non bis in idem*, consagrado en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

42. Mencionó que la respuesta otorgada por la Cámara de Comercio, en relación con las Resoluciones 1 de 4 de septiembre de 2006 y 3 de 10 de octubre de 2014 y el sello que obra sobre ellas, permitía observar que estas no fueron radicadas, ni inscritas en el registro de la Cámara de Comercio, pero que fueron asentadas en los libros de actas de Corpovisionarios, las cuales por mandato legal debían ser registradas en blanco ante las Cámaras de Comercio. Por tanto, cuando se emitieron las resoluciones de delegación de funciones, estas fueron asentadas en los libros de actas vigentes para cada momento.

43. También, reiteró que, si bien había aparecido formalmente en el certificado de existencia y representación legal de la corporación como representante legal y que esa persona jurídica había celebrado contratos con entidades públicas, lo cierto era que el congresista convocado no celebró contratos en interés propio ni de terceros, ni otra persona lo hizo en su nombre.

44. De esta manera, expuso las siguientes consideraciones: primero, los estatutos habían previsto que el presidente de forma específica delegara la representación social en el director ejecutivo, y no sobre cualquier persona; segundo, los actos de delegación indicaban de forma expresa que el director ejecutivo celebraría los contratos a nombre de la corporación; tercero, la facultad de delegación no era una posibilidad abstracta, sino que estaba sujeta a una condición suspensiva que habiéndose concretado en las resoluciones de delegación, ya había cobrado vigencia; cuarto, al haberse producido la condición suspensiva que activaba la representación legal por parte del director ejecutivo desde el 2006, este ejerció tal representación; quinto, la facultad de constituir apoderados (bajo un contrato de mandato) estaba determinada en el numeral 6 de los estatutos sociales y por ello era diáfano concluir que la delegación de la representación legal era un querer principal independiente de los miembros de la corporación; sexto, en ninguno de los más de 170 contratos celebrados por el director ejecutivo a nombre de Corpovisionarios, entre los cuales más de 40 con entidades estatales, hubo siquiera una duda de que el director ejecutivo actuara como representante legal de la corporación.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales; 2.2. La tacha de falsedad propuesta; 2.3. Presupuestos sustanciales; 2.4. Caso concreto.

45. De manera previa al análisis y solución de los problemas jurídicos que apunta el caso a resolverse (2.4), se estudiará el cumplimiento de los presupuestos procesales, que le permiten al Consejo de Estado proferir esta decisión (2.1); se hará una valoración sobre la tacha de falsedad (2.2); y, se presentarán algunas ideas generales sobre la pérdida de investidura y la causal que se invoca (2.3).

2.1. Presupuestos procesales

46. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado garantiza el derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad de *non bis in ídem*, toda vez que, por medio del fallo de tutela de 2 de julio de 2019, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, cuyo radicado es 2019-01604-00, se ordenó dejar sin efectos la Sentencia de nulidad electoral de 11 de abril de 2019, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuyo radicado es 2018-00080-00 (acumulado) y abstenerse de dictar una decisión hasta tanto no fueran resueltos los recursos de apelación contra la decisión de primera instancia del proceso de pérdida de investidura.

47. El fallo de tutela estableció que, cuando existiera simultáneamente un proceso de pérdida de investidura y uno de nulidad electoral, por los mismos hechos y por la misma causal, de acuerdo con el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, el primer fallo proferido entre los mencionados procesos haría tránsito a cosa juzgada respecto del otro.

48. La decisión de tutela señaló que la falta de ejecutoria de la sentencia que había resuelto la pérdida de investidura, no podía servir de excusa para desconocer la justicia material y la seguridad jurídica, así como la prevalencia del derecho sustancial, por lo que, si el fallo se dictó en un proceso que tiene dos instancias, como el caso de la pérdida de investidura, el otro proceso que solo tiene una instancia, esto es el de nulidad electoral, no podrá finalizar hasta tanto no fuera resuelta la apelación. Lo anterior, con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho al *non bis in ídem* que previó el ordenamiento jurídico.

49. Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tiene **competencia** para conocer, en segunda instancia, sin la participación de los magistrados que decidieron el fallo recurrido, los recursos de apelación presentados por los solicitantes del proceso de pérdida de investidura, conforme con los artículos 184 y 237 constitucionales, 2 de la Ley 1881 de 2018 y 2 del Acuerdo 11 de 31 de enero de 2018.

50. En lo que respecta a la **oportunidad** para presentar la solicitud de pérdida de investidura, es necesario señalar que el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018, establece que esta deberá presentarse dentro del plazo de 5 años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho generador de la causal, so pena de que opere la caducidad.

51. En el presente asunto, según los demandantes, el hecho generador tuvo ocurrencia 6 meses antes de las elecciones para el Senado de la República 2018-2022, las cuales se desarrollaron el 11 de marzo de 2018. De esta manera, teniendo en cuenta que las solicitudes de pérdida de investidura fueron presentadas el 23 y 25 de julio de 2018, se debe concluir que las acciones públicas fueron ejercidas en oportunidad.

52. Respecto de la **legitimación en la causa**, debe expresarse que, los señores José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla están legitimados en la causa activa, ya que la pérdida de investidura es una acción pública que puede ser ejercida por cualquier ciudadano interesado.

53. Por su parte, el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas está legitimado en la causa pasiva, porque es la persona llamada a discutir y controvertir la pretensión sancionatoria, pues fue elegido senador de la República, por el Partido Alianza Verde, para el periodo 2018-2022, según se constató en el formulario E-26 CAN, de la Comisión Escrutadora de la Registraduría General de la Nación.

2.2. La tacha de falsedad propuesta

54. Antes de entrar a estudiar los presupuestos sustanciales, es necesario resolver la tacha de falsedad propuesta por los señores Víctor Velásquez Reyes y Ricardo Padilla Hernández sobre las Resoluciones 1 de 4 de septiembre de 2006 y 3 de 10 de octubre de 2014, que fueron suscritas por el señor Mockus Sivickas en su calidad de presidente de Corpovisionarios.

55. Teniendo en cuenta que la Ley 1881 de 2018 no desarrolló el trámite de tacha de falsedad, es necesario acudir al artículo 21 de esta normativa, que hace referencia a que los aspectos no contemplados deberán guiarse por el CPACA y de forma subsidiaria por el CGP. De esta manera, como el CPACA no contiene un procedimiento especial para este trámite, la solicitud deberá estudiarse bajo los términos del CGP.

56. El ordenamiento jurídico previó esta figura procesal como un mecanismo idóneo para enervar la presunción de autenticidad de los documentos aportados al proceso judicial, sean públicos o privados, originales o en copias (las cuales tienen el mismo valor probatorio que los documentos originales según el artículo 244 y 246 del CGP). Es importante destacar que, la falsedad documental puede ser ideológica o material. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

*“Tratándose del delito de falsedad documental, es sabido que puede ser **ideológica** cuando en un escrito genuino se incluyen **manifestaciones contrarias a la verdad**, esto es, el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falaces; o **material si crea totalmente el documento falso, imita uno ya existente, o altera el contenido de uno auténtico.**”²²(Se destaca)*

57. La falsedad ideológica se refiere a la veracidad del contenido del documento, es decir, cuando el legítimo autor realiza manifestaciones ajenas a la realidad, mientras que, la falsedad material consiste en la alteración del documento auténtico ya existente o de la creación de un documento falso. El Consejo de Estado ha señalado que, la tacha de falsedad procede en el caso de la falsedad material, pues su trámite y estructura está dirigido a determinar si la prueba

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 5 de marzo de 2014, Radicado 36337.

documental ha sido irregularmente alterada o modificada, por el contrario, la falsedad ideológica tiene libertad probatoria²³.

58. Bajo esa diferenciación conceptual, se debe acudir al trámite procesal de tacha de falsedad que está desarrollado en los artículos 269 y siguientes del CGP. Del análisis de las normas citadas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluye que, la tacha procede contra documentos aportados o tenidos como prueba dentro del proceso -original o copia- de los cuales se predique falsedad material -alteración del documento o creación de documento totalmente falso-.

59. Se encuentra legitimada para promover esta figura procesal, la parte a quien se le atribuye la autoría del documento acusado de falso. La oportunidad para presentar esta solicitud es la contestación de la demanda, la audiencia en la cual el documento es tenido como prueba y el término de ejecutoria del auto que tiene como prueba el documento, cuando dicha actuación se produzca por fuera de audiencia.

60. Se deberán expresar los motivos de la acusación de falsedad documental y aportar o solicitar las pruebas que la demuestran. Asimismo, la calidad del documento impugnando debe tener relevancia en la decisión de fondo del proceso o del incidente. En caso de acreditarse la falsedad, la prueba en cuestión será excluida o no valorada en la providencia que decida el proceso o el incidente.

61. Para el caso concreto, la solicitud de tacha de falsedad de los documentos acusados será resulta en esta providencia, teniendo en cuenta el momento procesal en que fue presentada.

62. Analizada la solicitud se evidencia que esta no cumplió con los elementos requeridos para su trámite, por las siguientes razones: en primer lugar, los solicitantes no expresaron en qué consiste la falsedad de los documentos. Solo sostuvieron que las actas “jamás se radicarón y nunca se registraron, estos folios fueron llenados con posterioridad, tal cual lo revela en documento suscrito por la señora Mónica de Greiff y se pretende engañar al despacho”. Esta acusación no contiene una exposición de las razones por las que las actas son falsas.

63. La remisión al documento de la Cámara de Comercio, firmado por su directora de registro mercantil y ESAL, permite verificar, de un lado, que los sellos que aparecen en las páginas de las actas, en efecto, son anteriores al momento en que la corporación imprimió su contenido, y de otro lado, que ese es el procedimiento normal en el marco de la obligación de registro los libros de comercio.

64. De acuerdo con el oficio de la Cámara de Comercio, “(l)os libros son allegados para registro en blanco y en ellos se estampa el sello al momento del registro, sin que la entidad registral conozca la información que posteriormente,

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 2 de noviembre de 2001, Radicado 2000-0808-01 (2680)

producto de las diferentes reuniones o decisiones de la entidad, se sienten en ellos (actas, balances, resoluciones, etc.) Una vez diligenciados, es la Corporación quien determina cuáles de estos documentos que reposan en el libro deben ser presentados ante la cámara de Comercio para registro (...)”²⁴.

65. La Sala encuentra que ni la estampa del sello con anterioridad a la impresión de las actas, ni la ausencia de su registro ante la Cámara de Comercio señaladas por los solicitantes, constituyen una explicación clara y precisa sobre las razones de la falsedad material de los documentos. Ellas, al contrario, hacen parte de la exposición del régimen de registro de los libros, que hizo la cámara de comercio y que los propios solicitantes utilizan en su tacha. No señalaron, en cambio, ninguna alteración o modificación irregular, por lo que no cumplieron los requisitos del artículo 269 del Código General del Proceso para que la Tacha sea tramitada.

66. En segundo lugar, la solicitud fue extemporánea. Los documentos tachados fueron decretados como pruebas en el curso de la primera instancia, por lo que, debía formularse en el término de ejecutoria de esa providencia. En todo caso, tampoco expusieron de manera clara y precisa los motivos por los cuales se consideraban falsos los documentos impugnados.

67. Conforme con lo anterior, la tacha de falsedad presentada no será tramitada por resultar abiertamente improcedente. Por tanto, Los documentos impugnados conservarán su valor probatorio y podrán ser analizados en esta instancia.

2.3. Presupuestos sustanciales

68. Según lo indicado, para abordar el análisis y solución del caso concreto, en este numeral se analizarán los aspectos generales de la pérdida de investidura (2.3.1) y de la causal invocada (2.3.2)

2.3.1 Aspectos generales de la pérdida de investidura

69. La pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional sancionatorio²⁵, que es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, razón por la cual, le son aplicables todos los principios, reglas y garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso.

70. Este proceso también ha sido comprendido como un mecanismo de control político o acción pública, que le permite a cualquier ciudadano(a), así como la Mesa Directiva de cada una de las Cámaras del Congreso de la República, reprochar las conductas de miembros de corporaciones públicas, que sean contrarias al buen servicio, al interés general y a la dignidad del cargo²⁶. Tiene por objeto la preservación de la ética²⁷, la moralidad de la actividad política y la confianza del electorado, porque, a través de este, se censuran los

²⁴ Folio 632 del cuaderno 4 principal.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1159 de 2003.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-632 de 2017.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Radicado 2017-00474-01,

comportamientos contrarios al cargo que ostentan como representantes del pueblo²⁸.

71. El juez de la pérdida de investidura debe valorar si la conducta objeto de reproche se ajusta, o no, al ordenamiento jurídico, pues este proceso se somete a las causales específicas que fueron estatuidas por el texto constitucional y legal. Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado:

“(...) castiga la violación de un régimen especial creado para los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, el cual tiene por fundamento la protección y la preservación del principio de representación y de la dignidad en el ejercicio del cargo que confiere el voto popular.”²⁹

72. Por tal razón, la sanción que se genera incide directamente sobre los derechos políticos de quien resulta sancionado, toda vez que, se produce una inhabilidad permanente para ocupar cargos de elección popular. Esto se justifica, en que la pérdida de investidura busca proteger y hacer prevalecer el principio democrático, de modo que, quien defrauda el respeto a la democracia, no pueda volver a acceder a la confianza del elector.

73. El constituyente le imprimió un carácter tan elevado a la pérdida de investidura, que impidió la graduación de las causales y las sanciones, pues todas son tan intensas que traen como consecuencia la pérdida definitiva de del derecho político a seguir siendo elegido miembro de una Corporación pública.

74. Debe advertirse que este proceso judicial sancionatorio implica, en la actualidad, un juicio de responsabilidad subjetivo, que obliga al juzgador a realizar un análisis sobre la culpabilidad de la conducta que desarrolló el investigado³⁰. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado:

“(...) dentro de los elementos que se deben valorar en los procesos de pérdida de investidura se destaca la culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión, aspecto que implica verificar si se está ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”³¹.

75. Por tanto, en todo proceso de pérdida de investidura se debe apreciar la culpabilidad del investigado, con independencia de la causal alegada. El Consejo de Estado ha mencionado que el aspecto subjetivo es un elemento diferenciador entre este juicio y la nulidad electoral³². No obstante, el elemento de culpabilidad ha sido un tema de constante crítica y evolución, porque su definición y contenido han adoptado diversas posturas jurídicas. De ahí que, el proceso de nulidad electoral sea diferente, porque en él se desarrolla un análisis objetivo de legalidad, que no tiene en cuenta la conducta del servidor, pues su único marco de referencia es el ordenamiento jurídico y no la valoración de la conducta de aquel³³.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 20 de febrero de 2019, Radicado 2018-03883-00(PI)

²⁹ Ibídem.

³⁰ Ley 1881 de 2018, artículo 1.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-632 de 2017.

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 27 de septiembre de 2016, Radicado 2016-003886-00.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 20 de febrero de 2019, Radicado 2018-03883-00(PI)

2.3.2. Alcance de la causal invocada: violación del régimen de inhabilidad, por haber intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos ante entidades públicas con interés propio o de terceros

76. Establecidos los aspectos generales del juicio de pérdida de investidura, se analizarán los requisitos esenciales de la causal alegada por los solicitantes, desde una perspectiva normativa y jurisprudencial. Sobre el particular, el artículo 183 constitucional contempla:

“ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

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

77. Para comprender el contenido de esta causal, se debe acudir a los supuestos de inhabilidad para ser congresista, entre ellos, el numeral 3 del artículo 179 constitucional:

*“ARTÍCULO 179. No podrán ser congresistas:
(...)*

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”

78. En concordancia, son tres los eventos en que se configura la causal de inhabilidad objeto de estudio: **1)** haber intervenido en **gestión de negocios** ante entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; **2)** haber intervenido en la **celebración de contratos** con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; **3)** haber sido **representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales**, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección.

79. Al respecto, la jurisprudencia³⁴ ha manifestado que esta inhabilidad tiene un sentido:

“(...) eminentemente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelanta ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado.

De ello surge, como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corporación al ocuparse del estudio de esta causal, que para su configuración no se requiere que el deseo o la intención se logren en la práctica, como consecuencia de las diligencias o de las actuaciones adelantadas. Lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel.”

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 19 de enero de 2010, Radicado 2009-00708-00(PI).

80. La finalidad de la inhabilidad se encuentra sustentada en el principio de igualdad entre los candidatos, que impide que se puedan utilizar ventajas electorales como instrumento para obtener la calidad de congresista. Es por esto, que en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se manifestó³⁵:

*“En cuanto al tema de la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido (sic), es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a travs (sic) de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...)”*³⁶

81. Este supuesto de inhabilidad busca prevenir asimetrías de poder en dos ámbitos que se rigen por estrictas reglas de igualdad. De un lado, previene desequilibrios en la contienda electoral que puedan derivarse de los beneficios que obtenga el candidato, con ocasión de sus gestiones o contratos con la Administración. De otro lado, previene asimetrías y prácticas corruptas en los procesos de contratación, que pueden tener lugar si un candidato aprovecha su posición para tomar ventaja sobre la entidad pública o sobre otros proponentes.

82. Establecida la intención del constituyente en la consagración de esta causal, es necesario estudiar el concepto de gestión de negocios y de celebración de contratos. Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo³⁷ ha sostenido:

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

*Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha”*³⁸.

*Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros”*³⁹.

³⁵ Ibídem.

³⁶ (Cita del texto original) Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia. Antecedentes artículo 179. Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Radicación 2008-00316-00 (PI).

³⁸ (Cita del texto original) Sentencia del 13 de marzo de 1996, expediente AC-3311. Sentencia del 15 de julio de 2004, expediente 3379. Sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 3451. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, expediente 3671. Sentencia del 30 de septiembre de 2005, expediente 3656. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3174, 3175 y 3180. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3177, 3176, 3178, 3183, 3184 y 3238.

³⁹ (Cita del texto original) Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de

83. Estos supuestos de inhabilidad tienen características propias y autónomas, que deben ser examinados de manera diferenciada. Es importante aclarar que, cuando la gestión de negocios concluya en la celebración de un contrato, la pérdida de investidura deberá decretarse por esta última. Y, de otra parte, cuando la gestión de negocios no culmine en la celebración de un contrato, esta debe decretarse por la gestión de negocios propiamente dicha.

84. Sobre la gestión de negocios, la jurisprudencia ha sido enfática en establecer que se configura con una acción, por lo que, se requiere de una actividad efectiva. Es decir, una conducta concreta, real y seria, sin que sea necesario obtener respuesta o resultado⁴⁰. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁴¹ estableció:

"(...) la connotación sustancial de esa causal, gestión de negocios ante entidades públicas, es la de realizar diligencias, en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, con el fin de obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, como respuesta o resultados de esas gestiones, pues todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones (...)

(...) La Sala, a propósito del tema, señaló: "El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra "Gestionar" como "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o un deseo cualquiera". Implica una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, en su propio interés o en el de terceros, con miras a obtener un resultado.

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

*La celebración de contratos supone la realización de una gestión previa; la gestión de negocios busca la celebración o ejecución de contratos y en general, un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente."*⁴²

*En posterior sentencia reiteró: "(...) gestionar consiste en "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y comúnmente se entiende como el adelantamiento de trámites en procura de una finalidad concreta". Y para la Sala, la gestión "independientemente de su resultado, entraña una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces". De lo anterior se infiere que la gestión se configura con una acción, se traduce en la actividad efectiva: la conducta concreta y real por medio de la cual se demanda ante un sujeto algo, sin que sea relevante, para configurar el concepto, el obtener la respuesta o la finalidad propuesta."*⁴³ (Se destaca)

85. Se resalta que no cualquier conducta supone la gestión de negocios, pues esta debe ser dinámica, positiva y concreta, por lo que, no puede estar soportada en inferencias subjetivas, sino que, debe estar debidamente comprobada. Al respecto, la Sala Plena⁴⁴ ha señalado:

"(...) no todas las diligencias que se adelanten ante las entidades públicas pueden ser asimiladas como "gestión de negocios", porque no necesariamente implican el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos a corporaciones públicas o frente a los particulares que también aspiran a obtener algún convenio con el Estado. Como lo señaló el Ministerio

septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1º de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 10 de noviembre de 2010, Radicado 2008-01181-00(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 9 de octubre de 2009, Radicado 2008-01234-00 (PI).

⁴² (Cita del texto original) Sentencia de 22 de octubre de 2002, expediente núm. 11001-03-15-000-2002-0504-01(PI-046).

⁴³ (Cita del texto original) Sala Plena, Sentencia de 27 de junio de 2006, expediente 2005 - 1331 (PI).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00(PI).

Público, actuaciones como los reclamos por facturación, resultan ajenos a esta causal, porque es fundamental que de las mismas emanen ventajas electorales⁴⁵

(...) no cualquier gestión, configura per se la inhabilidad que se analiza, sino que, con independencia de que se concrete en un resultado, debe ser potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente, de manera que no se trata de una diligencia o actividad inane, inocua o insignificante realizada ante una entidad pública, pues no debe olvidarse que la filosofía que anima esta prohibición, que da lugar a la sanción de pérdida de investidura para quien en ella incurre, estriba en el hecho de que se resienta o se quebrante el principio de igualdad frente a los otros candidatos y demás ciudadanos, bien por la obtención de una ventaja electoral, ora de un privilegio en la actuación de la entidad pública.”

86. No todas las diligencias tienen la magnitud para configurar la causal de inhabilidad, puesto que, el juez de la pérdida de investidura deberá analizar la trascendencia que tiene la conducta en el marco del principio de igualdad entre los candidatos. Razón por la cual, es necesario que el comportamiento tenga la potencialidad efectiva, valiosa, útil y trascendente de quebrantar la igualdad entre los candidatos, es decir, la generación de una ventaja electoral.

87. Sobre los elementos que estructuran la gestión de negocios, la Sección Quinta⁴⁶ del Consejo de Estado ha precisado:

“Son las diligencias previas al contrato, es decir, los acercamientos a una entidad pública para concretar el negocio o las propuestas que efectivamente se le hagan, las que se enmarcan en la prohibición en estudio, aun en los eventos en que lo pretendido no se concrete (...) Siendo así, mucho menos constituyen gestiones de negocios las actuaciones posteriores a la celebración de un contrato con el Estado, como las relacionadas con su ejecución o liquidación (...)

(...) En lo referente a los elementos que configuran la inhabilidad de gestión de negocios, resulta pertinente acudir a lo decidido por la Sección en fallo de 15 de abril de 2015⁴⁷, según el cual: (...) Esta prohibición encierra tres aspectos, El temporal: referido a la época en que debe haberse presentado la actuación prohibida -6 meses anteriores a la elección- el material: que atañe a participar en trámites negociales ante autoridades públicas en interés propio o de terceros; y el del lugar de ocurrencia del hecho: que la situación haya acaecido en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección del Representante.”

88. Bajo los planteamientos jurisprudenciales anteriores, la causal requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) la gestión de negocios con entidades públicas debe ser ejecutada dentro de los 6 meses previos a la realización de la elección, esta debe ser entendida como una actividad positiva, concreta, seria y real, cuyo objeto debe ser la obtención de un negocio –o contrato con cualquier entidad estatal-, en beneficio propio o de un tercero y encontrarse plenamente acreditada, para lo cual no resultan suficientes meras inferencias o deducciones subjetivas; 2) no se requiere la concreción del negocio; 3) no se configura la causal en etapas coetáneas o subsiguientes a la celebración del contrato, entre ellas, la ejecución o liquidación; y, 4) la gestión debe realizarse en el territorio que conforma la circunscripción electoral del candidato.

89. Dilucidados los contornos de la gestión de negocios, es necesario explicar el alcance de la inhabilidad por la intervención en la celebración de contratos. Lo

⁴⁵ (Cita del texto original) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 22 de octubre de 2002, Radicado 2002-0504-01(PI-046).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 25 de octubre de 2018, Radicado 2018-00018-00.

⁴⁷ (Cita del texto original) Rad. No. 2014-00021-00, acto: Sergio David Becerra Benavides, C.P. Susana Buitrago Valencia.

primero que debe resaltarse, es que la diferencia de estas dos inhabilidades reside en la existencia de un contrato. Es así como, la jurisprudencia⁴⁸ ha señalado:

“(...) 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 realización⁴⁹.”

90. De esta forma, es admisible que la causal se configure de forma directa o indirecta. Sobre este asunto, la Sala Plena⁵⁰ precisó:

“(...) dentro de la prohibición constitucional caben dos situaciones: la primera, la celebración directa por parte del congresista de contratos con entidades públicas o personas que administren tributos, y la segunda, la contratación del congresista por interpuesta persona, que tiene ocurrencia cuando es otra la que celebra el contrato por encargo o en provecho suyo, pero aparentando obrar en nombre propio.

Así mismo debe precisar que no necesariamente la ‘interpuesta persona’ o ‘testaferro’ debe ser una persona natural, sino que también puede ser una persona jurídica ya que el artículo 180 de la Carta no hizo distinción alguna al respecto. (...)”

Pero si bien no puede descartarse de plano la figura del contrato por interpuesta persona cuando quien contrata es la sociedad de la que es socio el congresista, tampoco puede afirmarse que en todos los casos en que la persona jurídica actúa se dé dicha figura; por tratarse de un negocio aparente cuya realidad debe desentrañar el juez, el examen del negocio contractual no puede detenerse en la simple verificación de quiénes fueron los firmantes del contrato, o de quiénes conforman el ente societario que lo suscribe, sino que debe extenderse a todas las circunstancias que develen la conexión entre el congresista y quien se dice fue su testaferro para llegar a la verdad que ilustre su decisión (...)”

91. En ese sentido, el juez de la pérdida de investidura deberá examinar de manera minuciosa la relación que existe entre el congresista y la persona natural o jurídica que presuntamente lo representa, porque no puede realizarse una simple verificación de los firmantes del contrato o de quienes conforman el ente societario que lo suscriben.

92. Se debe advertir que, la celebración de contratos con entidades estatales atiende al perfeccionamiento del negocio jurídico. Por tanto, los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se entenderán celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, de conformidad con el artículo 41 de esta normativa⁵¹.

93. En el caso de los contratos de régimen exceptuado, como los convenios de asociación, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 8 del Decreto 92 de 2017, establece que le son extensivos los principios de la función administrativa y las normas generales de la contratación pública, salvo lo reglamentado por esta última normativa. Razón por la cual, deberán tenerse en cuenta los requisitos de perfeccionamiento aplicables a cada caso concreto, para determinar en qué momento se entiende celebrado el respectivo negocio jurídico.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00(PI).

⁴⁹ (Cita del texto original) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencias de 17 de febrero de 2005, Exp. 3222 y de 25 de mayo de 2005, Exp. 3537.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de agosto de 1994. Expediente AC - 1500.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 27 de septiembre de 2018, Radicado 2018-00015.

94. Es necesario aclarar que, no todo contrato suscrito con una entidad estatal tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad, porque hay escenarios en que el Estado ofrece servicios comunes a todos los ciudadanos, entre ellos, de manera ejemplificadora se destacan los contratos bancarios, como los servicios de cuenta corriente o de ahorros, los contratos de seguros, como las pólizas de seguros de vehículos o de personas y los contratos de salud, como la EPS estatal.

95. La jurisprudencia⁵² ha señalado de forma reiterada que los presupuestos de esta causal de inhabilidad son:

"(...) a) la celebración de contratos ante entidades públicas; b) En interés propio o de terceros; c) Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y; d) En la misma circunscripción de la elección. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad"

96. En el caso de los senadores de la República la circunscripción es nacional, mientras que, para los congresistas de la Cámara de Representantes la circunscripción es territorial. Esto implica que, en el caso de los senadores el negocio jurídico puede suscribirse en cualquier parte del territorio nacional, toda vez que, el territorio nacional constituye su circunscripción electoral⁵³. Establecidas las reglas jurídicas aplicables al presente asunto se resolverá el caso concreto.

2.4. Caso concreto

97. Vale recordar que la ley 1881 de 2018 no estableció los presupuestos del recurso de apelación, por lo que es indispensable aplicar su artículo 21 y aplicar el artículo 320 del CGP, que prescribe que este medio de impugnación tiene por objeto que el superior examine la providencia recurrida, únicamente, en relación con los reparos concretos formulados por el apelante⁵⁴.

98. Para abordar en segunda instancia, la solicitud de pérdida de investidura, por la causal de violación del régimen de inhabilidades, específicamente, la intervención en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con entidades públicas, primero se estudiará el elemento objetivo de la causal, y luego, si es procedente, su elemento subjetivo.

99. Dentro del análisis objetivo de la causal, se revisarán los tres elementos que han sido destacados por la jurisprudencia del Consejo de Estado: 1) el elemento temporal, esto es, si la conducta reprochada ocurrió dentro del periodo inhabilitante, es decir, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; (2) el elemento geográfico, es decir si la o las conductas objeto de reproche se desarrollaron en la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección; y, (3) el elemento conductual, esto es, si la conducta del congresista convocado se ajustó al verbo rector de la norma prohibitiva (haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 12 de marzo de 2015, Radicado 2014-00065-00.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 27 de enero de 2015, Radicado 2014-00030-00.

⁵⁴ Folios 386 a 399 del cuaderno 3 principal.

interés propio, o de un tercero). En relación con éste último, se plantearán y solucionarán dos problemas jurídicos cuyo análisis se dividirá.

100. Respecto del **elemento temporal**, el periodo inhabilitante para este asunto se encuentra comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018. En esta fecha resultó elegido el señor Mockus⁵⁵ para el periodo 2018-2022. Como las tratativas precontractuales y los convenios de asociación se desarrollaron en este lapso, está acreditado el primer elemento de la causal.

101. El segundo requisito de la causal hace referencia al **elemento geográfico**, según el cual, de conformidad con el parágrafo del artículo 179 constitucional, la conducta debe haberse realizado en el lugar de la circunscripción electoral del candidato que, en el caso de los senadores de la República, corresponde a todo el territorio nacional.

102. Como el señor Mockus Sivickas fue elegido senador de la República, la conducta pudo haber sido ejecutada en cualquier parte del territorio. Las pruebas documentales⁵⁶ que obran en el expediente acreditan que, las etapas precontractuales y contractuales de los convenios de asociación fueron efectuadas en la ciudad de Bogotá, por lo que, está demostrado el requisito espacial de la causal.

103. Para determinar la ocurrencia del **elemento conductual** de la causal, la Sala encuentra necesario resolver dos problemas jurídicos. El primero de ellos consiste en definir si la titularidad de la representación legal, como función nominal a cargo del congresista convocado, es relevante en la configuración de la causal alegada (2.4.1). La Sala anticipa desde ahora que, por las razones que se expondrán enseguida, la simple titularidad formal de las funciones de representación legal no se adecúa a los verbos rectores que definen la causal del artículo 179.3 de la Constitución. En consecuencia, la Sala debe resolver un problema jurídico adicional, que consiste en determinar, si se encuentra acreditada la participación activa, real, trascendente y útil del convocado en la gestión y celebración de los negocios jurídicos entre Corpovisionarios y la entidades públicas contratantes (2.4.2).

104. Para valorar el elemento subjetivo de la causal (2.4.3), la Sala analizará si las conductas del convocado fueron realizadas con dolo o culpa, de acuerdo con los criterios del artículo 1 de la ley 1881 de 2018.

⁵⁵ Las pruebas que soportan este hecho son: La certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre los candidatos inscritos al Senado de la República para las elecciones de 11 de marzo de 2018 (folios 325 y 326 del Cuaderno Anexo 6); La certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se indica que el congresista convocado se inscribió por el partido Alianza Verde para las elecciones de 11 de marzo de 2018 al Senado de la República junto con el formulario E6SN y E8SN (Folios 325 y 326 del Cuaderno Anexo 6); La Constancia del Consejo Nacional Electoral sobre la aceptación de candidatura E-6SN (folio 49 del Cuaderno Anexo 49) y la Resolución 1596 de 2018, por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República, se asignan curules para el periodo 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales (folios 22 a 36 del Cuaderno 1 Principal)

⁵⁶ Entre las pruebas documentales se encuentran: la invitación particular de la ACPP de 11 de octubre de 2017, para celebrar un convenio de asociación (folio 39 del Cuaderno Anexo 1); la convocatoria pública de la UAESP de noviembre de 2017, para celebrar un convenio de asociación (folios 19 a 20 del Cuaderno Anexo 13), Convenio de Asociación 10 de la ACPP de 9 de noviembre de 2017 (folios 81 a 101 del Cuaderno 1 Principal) y Convenio de Asociación 566 de 10 de noviembre de 2017 (folios 43 a 49 del Cuaderno Anexo 13)

2.4.1 Primer problema jurídico: ¿la titularidad de la representación legal, como función nominal a cargo del congresista convocado, es relevante en la configuración de la causal alegada?

105. Antes de entrar a estudiar los verbos rectores de las conductas tipificadas, se debe zanjar la discusión sobre la calidad jurídica que ostentaba el congresista acusado en Corpovisionarios y las actuaciones que realizó esta entidad dentro del periodo inhabilitante. Los apelantes sostienen que el certificado de existencia y representación legal de la corporación demuestra la ocurrencia de la causal de inhabilidad, porque el señor Mockus Sivickas nunca se desprendió de su función como representante legal y el señor Henry Samuel Murraín Knudson fungió como su mandatario personal.

106. La Sala encuentra que el cuestionamiento de los demandantes plantea un primer problema jurídico que consiste en determinar si la titularidad de la función de la representación legal de la corporación es relevante para este juicio de pérdida de investidura. Es decir, si tener esa función como presidente de la Corporación constituye una conducta que configura la causal alegada.

107. Para resolver el cuestionamiento anterior, la Sala considera necesario identificar la estructura orgánica de la Corporación, la distribución de funciones dentro de los órganos de administración y, finalmente, el alcance y relevancia de las resoluciones de delegación de la representación legal y del análisis de sus efectos en el juicio de pérdida de investidura.

108. Dentro del material probatorio se encuentra una copia de los Estatutos de Corpovisionarios⁵⁷, en la que se establece el nombre, el domicilio y las funciones de los órganos de dirección y administración de la corporación, entre ellos, la Sala General, el Consejo Directivo, el Presidente y el Director Ejecutivo. Para tales efectos, se transcriben algunas disposiciones:

*"ARTÍCULO 1. NOMBRE Y DOMICILIO. La entidad que por medio de estos Estatutos se reglamenta se denomina CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA.
El domicilio principal de la CORPORACIÓN es la Ciudad de Bogotá, D.C. y podrá tener sedes, capítulos, corresponsales, oficinas o representales en otros sitios del país o del exterior, de acuerdo con el reglamento y con las decisiones que adopte su Consejo Directivo.*

ARTÍCULO 2. NATURALEZA. La entidad se constituye como una CORPORACIÓN sin ánimo de lucro de naturaleza civil, la cual funcionará de conformidad con la Constitución Política y demás disposiciones legales que sean pertinentes o tengan relación con las actividades propias de esta."

109. De acuerdo con los Estatutos, la corporación puede tener representantes en varios sitios del país o en el exterior. Sin embargo, esto no impide que en el domicilio principal, se puedan establecer otros representantes, pues el Estatuto facultó al presidente como órgano de administración para delegar su función de representación en cabeza del director ejecutivo:

(...) ARTÍCULO 5. MIEMBROS. La CORPORACIÓN tendrá miembros activos, esto es los fundadores, los adherentes y miembros honorarios, benefactores y vinculados (...)

(...) ARTÍCULO 7. DERECHOS. Son derechos de los miembros activos:

⁵⁷ Folios 6 a 10 del cuaderno 1 anexo.

a. Asistir con derecho a voz y voto, a las reuniones de la Sala General // d. Presentar por escrito ante el Consejo Directivo propuestas relacionadas con el mejor cumplimiento de la misión de la Corporación”

(...) **ARTÍCULO 16. ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN.** La Corporación será dirigida y administrada por la Sala General y el Consejo Directivo, que trabajaran por el desarrollo del fin social previsto en estos Estatutos.

(...) **ARTÍCULO 17. SALA GENERAL.** La Sala General la conforman los miembros activos, esto es los miembros fundadores y adherentes de la Corporación que hayan efectuado los aportes a que estén obligados, según los presentes Estatutos. // La Sala General es la máxima autoridad y sus determinaciones serán de obligatorio cumplimiento.

(...) **ARTÍCULO 23. COMPOSICIÓN.** El Consejo Directivo estará presidido por el Presidente de la Corporación, quien tendrá voz y voto (...)

(...) **ARTÍCULO 26. QUORUM.** El Consejo Directivo no podrá decidir sin la presencia de al menos cinco (5) de sus miembros. Sus decisiones, para que sean válidas, deberán ser adoptadas por la mayoría absoluta de los presentes, salvo que los Estatutos prescriban otra cosa para casos expresamente determinados.

(...) **ARTÍCULO 28. PRESIDENTE.** El Presidente de la Corporación deberá ser miembro activo de la misma, será de libre nombramiento y remoción de la Sala General, para periodo de dos años y podrá ser reelegido.

ARTÍCULO 29. FUNCIONES. Son funciones del presidente: 1. Representar legal y socialmente a la Corporación // 2. Presidir las reuniones de la Sala General y del Consejo Directivo // 5. Delegar al Director Ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral //6. Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente.

ARTÍCULO 30. NOMBRAMIENTO Y CARÁCTER DEL DIRECTOR EJECUTIVO. La Corporación tendrá un Director Ejecutivo de libre nombramiento y remoción del Consejo Directivo.

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

1. Presentar anualmente al Consejo Directivo el plan de acción para el periodo inmediatamente siguiente, así como el presupuesto, el programa de inversiones y demás propuestas para asegurar la adecuada gestión // 7. Las demás funciones que le asignen el Consejo Directivo o el Presidente.” (Se destaca)

110. La lectura sistemática de los estatutos permite entender que, el presidente de Corpovisionarios tenía dentro de sus facultades, representar legalmente a la Corporación y delegar en el director ejecutivo dicha representación o cualquiera otra de sus funciones, para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral. A su vez, tenía la facultad de constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considerara pertinente. Es decir que, las operaciones propias de su función de representante legal, podían ser objeto de delegación o de mandato.

111. Una de las funciones principales que podía asumir el director ejecutivo era la representación legal de la Corporación, cuando, en aplicación del numeral 7 del artículo 31 de los estatutos, le fuera asignada por el Consejo Directivo o el presidente.

112. Se advierte que, tanto el director ejecutivo como el presidente, como resulta evidente, podían ejercer la facultad de representar legalmente la corporación o realizar actos propios de esa facultad.

113. En el caso de Corpovisionarios se previó la posibilidad de que varios órganos fueran titulares de la función de representación, porque los Estatutos autorizaron a la presidencia para delegar la representación legal al director ejecutivo y también previeron la posibilidad de que la competencia para adelantar actuaciones propias de esa representación legal, como la de gestionar y celebrar contratos fueran delegadas o asignadas al director ejecutivo.

114. Habilitado por las normas estatutarias, el señor Mockus Sivickas en ejercicio de sus potestades como presidente, profirió tres resoluciones de delegación de la representación legal. Estas, serán valoradas por tener plenos efectos probatorios (se transcribe):

"PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN No. 1 de 2006
(Septiembre 4 de 2006)

Por la cual se delegan algunas funciones

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

RESUELVE

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

1. Representación legal. Delegar en el Director Ejecutivo de la Corporación la representación legal de la Corporación.

Esta delegación conlleva la facultad de actuar en nombre y representación de la Corporación **ante entidades privadas** y en los procedimientos administrativos que se adelanten **ante autoridades públicas departamentales, regionales o nacionales** en los que tenga interés o sea parte la corporación.

2. Celebración de contratos. Delegar en el Director Ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la Entidad cuya cuantía no supere el monto de doscientos cincuenta (250) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual.

3. Representación judicial. Delegar en el Director la representación judicial y extrajudicial de la Entidad (...)⁵⁸

115. Esta resolución fue suscrita por el congresista convocado, pero no fue objeto de registro ante la Cámara de Comercio de Bogotá.

116. Posteriormente, el presidente expidió la Resolución 2 de 28 de junio de 2007⁵⁹, en la que se aumentó el monto para celebrar contratos (se transcribe):

"PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN No. 2 de 2007
(Junio 28 de 2007)

Por la cual se modifica la Resolución de Presidencia No. 1 de Septiembre 4 de 2006 en su artículo 1ª numeral 2

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1ª. Delegación de funciones y facultades. Delegar en el Director Ejecutivo de la Corporación, las siguientes funciones y facultades.

(...)

2. Celebración de contratos. Delegar en el Director Ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la Entidad cuya cuantía no supere el monto de mil cuatrocientos (1400) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual."

⁵⁸ Folio 667 del cuaderno 4 principal.

⁵⁹ Folio 668 del cuaderno 4 principal.

117. Adicionalmente, el 10 de octubre de 2014, el presidente de la corporación expidió la Resolución 3, en la que se mantuvo el monto máximo para contratar en 1400 salarios.

118. Estos actos fueron firmados por el señor Mockus Sivickas, pero no fueron registrados ante la Cámara de Comercio de Bogotá. Es decir que el congresista acusado, en ejercicio de sus funciones como presidente, profirió tres actos que conformaron la delegación al director ejecutivo, de su representación legal, con especial énfasis en algunas de sus funciones, como la de representación legal, judicial, la celebración de contratos con montos determinados y todos los actos inherentes a la actividad contractual.

119. Se insiste en que ninguno de esos actos que conforman la delegación fueron registrados en la cámara de comercio. En los diferentes certificados de existencia y representación legal de la corporación que obran en expediente⁶⁰, se encuentra registrado el señor Mockus Sivickas como representante legal de la entidad durante el periodo inhabilitante. El nombre del director ejecutivo no fue registrado en dichos documentos. Sin embargo, en todos los certificados de existencia y representación se reiteró de manera expresa que, éste último, podía llevar la representación legal de la corporación (se transcribe):

"CERTIFICA:

REPRESENTACIÓN LEGAL: EL PRESIDENTE. EL DIRECTOR EJECUTIVO PODRÁ LLEVAR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA CORPORACIÓN, POR DELEGACIÓN DEL PRESIDENTE, PARA EFECTOS DE TRAMITAR ASUNTOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, CONTRACTUAL Y LABORAL. EN CASO DE AUSENCIAS TEMPORALES, EL CONSEJO DIRECTIVO ENCARGARÁ LA PERSONA REEMPLAZARÁ."

120. Los apelantes sostuvieron que la ausencia del registro de los actos de delegación configuró la causal invocada, porque todas las gestiones y contratos o convenios que desarrolló el director ejecutivo fueron firmados en nombre del señor Mockus Sivickas y no de Corpovisionarios, de lo que dedujeron que existía un mandato personal entre ambos.

121. Ese argumento confunde conceptos e incurre en la reducción y fusión de distintas nociones básicas del derecho a partir de intuiciones sin respaldo jurídico. Como se expondrá, de una parte, la omisión del registro de dichos actos no es prueba de la gestión, o de la celebración efectiva de los contratos. De otra parte, la discusión sobre la existencia de una representación aparente o de un mandato tácito se circunscribe a la órbita de la validez de los contratos a la luz del derecho comercial, asunto que escapa por completo a las competencias del juez de la pérdida de investidura, que sólo está facultado para valorar la conducta probada del congresista acusado.

122. El certificado de existencia y representación no es un medio de prueba suficiente para acreditar la causal alegada, que no se refiere a la titularidad de una función sino al ejercicio de verbos rectores específicos, referentes a gestión o

⁶⁰ Certificados de existencia y representación de 5 de septiembre de 2017 (folio 13 cuaderno anexo 1 y folio 176 cuaderno anexo 10); de 6 de noviembre de 2017 (folio 63 del cuaderno anexo 2); de 12 de marzo de 2018 (folio 3 del cuaderno anexo 8) y de 22 de marzo de 2018 (folio 130 del cuaderno anexo 2).

celebración de contratos con entidades públicas⁶¹, y cuyo alcance ha sido determinado por la jurisprudencia. Ser titular de la calidad de representante legal sólo es relevante como condición que activa la causal de inhabilidad, en los casos de entidades que administran tributos o contribuciones parafiscales.

123. El certificado de existencia y representación, en consecuencia, no demuestra la ocurrencia efectiva de las conductas del Congresista acusado, definidas por los verbos rectores de la causal alegada. Puede remitir la discusión, en cambio, hacia el análisis de los requisitos de validez de los actos o negocios jurídicos de la persona jurídica. Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁶² ha sostenido:

"(...) se advierte que la discusión que pudiera derivarse con ocasión de la inscripción en un registro público del acto de la Junta Directiva que autorizó la representación legal para contratar por parte del Vicepresidente, en ausencia del Presidente, se trata de un asunto relacionado con la vinculación de FABEGAN a un negocio jurídico y con la capacidad de ésta para ser parte en un contrato, el cual resulta ajeno y desborda el análisis de esta acción de pérdida de investidura, cuyo objeto específico es verificar si la conducta del congresista se subsume en el supuesto de hecho prohibitivo que da lugar a la inhabilidad y consecuentemente si procede el despojo de esa calidad de alto dignatario.

Es decir, si debía o no realizar FABEGAN el registro del acto de la Junta Directiva de delegación, asignación o autorización de la función para celebrar el Vicepresidente en ausencia del Presidente, los contratos en nombre del ente gremial, en el registro de la Cámara de Comercio o, incluso, ante otra entidad (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o Secretarías de Gobierno municipales o distritales)⁶³, no es una materia que deba definirse en esta sede judicial, pues adviértase que su propósito no es juzgar la validez del negocio jurídico celebrado en cuanto al presupuesto de capacidad de parte, o vicisitudes en la representación de uno de los extremos del mismo, o el de verificar la oponibilidad de los efectos frente a terceros respecto de la asignación o delegación de la función de representación para contratar a dicho Vicepresidente, sino de lo que se trata es de verificar si quien suscribió el contrato con el Municipio de Motavita en el período inhabilitante fue o no el congresista demandado o si tuvo él intervención en su negociación o celebración, para determinar de allí la existencia de la circunstancia impositiva o de inelegibilidad que se cuestiona.

Ello no significa que no deba el juez de la acción de pérdida de investidura indagar acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la celebración del contrato y las actividades conducentes a su formación y perfeccionamiento, para averiguar a partir de los medios de prueba acopiados en el proceso si fue concertado por interpuesta persona, desentrañar la voluntad real de quien lo suscribe y determinar entonces si existió intervención en la celebración del contrato por el congresista cuestionado." (Se destaca)

124. Si bien, el asunto objeto de este fallo tenía elementos fácticos diferentes, la regla jurisprudencial que estableció delimita el objeto de la competencia del juez de la pérdida de investidura, y ella resulta aplicable a todos los casos cuyos problemas jurídicos involucren el proceso de formación y ejercicio de la voluntad de una persona jurídica colectiva. Según esta regla jurisprudencial, el juez de la pérdida de investidura no es competente para estudiar los problemas jurídicos relacionados con la validez u oponibilidad de negocios jurídicos, ni con su naturaleza o tipificación de acuerdo con los regímenes de contratación que resulten aplicables. En esta sede judicial, en efecto, no es posible juzgar la concurrencia y corrección de requisitos de capacidad para contratar, ni resolver las vicisitudes en la representación. Este juez tampoco está habilitado para verificar la

⁶¹ 1) haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; 2) haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección; 3) haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección.

⁶² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00 (PI)

⁶³(Cita del texto original) De acuerdo con la normatividad que en atención a su naturaleza de asociación agropecuaria rige su actuación y, por ende los actos sujetos a registro y la entidad encargada de efectuarlo (Decreto 2716 de 1994, modificado parcialmente por el Decreto 938 de 1995 artículo 42 y 45 del Decreto 2150 de 1995; Decreto 427 de 1996 que reglamentó el capítulo II del título I del Decreto 2150 de 1995, artículo 2º, la Ley 537 de 1999, que adicionó el Decreto Ley 2150 de 1995, Decreto 2716 de 1994, en el Capítulo VI, artículo 29)

oponibilidad de los efectos de esos actos frente a terceros respecto de la asignación o delegación de la función de representación para contratar.

125. La Sala Plena entiende que, en consecuencia, el juez de la pérdida de investidura no puede determinar la existencia de la conducta reprochable mediante la valoración de los efectos de los actos comerciales, pues el único objeto de su competencia es el comportamiento probado del congresista acusado.

126. La Sala es competente para valorar la conducta del convocado en la negociación y celebración de cualquier negocio jurídico con entidades públicas, independientemente de su tipificación legal. En cambio, la Sala no es competente para distinguir entre tipos de negocios jurídicos, por ejemplo entre contratos o convenios. Primero porque, como acaba de exponerse, el juez de la pérdida de investidura no es un juez del contrato, y segundo porque esa distinción no incide en la competencia de esta Corporación para conocer de la causal. La Sala Plena, en efecto, ha resuelto por igual casos en los que el convocado era acusado de participar activamente en la negociación o celebración de contratos públicos, y casos en que la acusación se refería a esas mismas conductas respecto de convenios con entidades públicas⁶⁴.

127. Por tanto, la Sala no entrará a resolver ninguno de los componentes del problema jurídico relacionado con la validez y oponibilidad de los actos jurídicos de Corpovisionarios. No se referirá, en consecuencia, a la corrección o deficiencia de los requisitos de su capacidad para contratar, ni las vicisitudes de su representación. Sin embargo, sí puede concluir desde ahora, que la omisión del registro de los actos de delegación proferidos por el presidente de la corporación no acredita la ocurrencia de la causal alegada, porque esa omisión no revela los sujetos, ni las condiciones de modo, tiempo y lugar, de las tratativas precontractuales y de los actos de celebración del contrato.

128. Dada la naturaleza sancionatoria de este proceso, su estándar probatorio exige que los solicitantes demuestren el comportamiento reprochable por el que solicitan la pérdida de la investidura del convocado. El análisis probatorio, en consecuencia, no puede adelantarse a partir de inferencias o intuiciones, sino por medio de elementos probatorios directos y certeros que demuestren la materialización de uno de los verbos rectores de la conducta prohibida.

129. En conclusión, la Sala encuentra que no es relevante para este caso concreto que el Congresista acusado haya mantenido la titularidad nominal de representante legal, en el certificado de existencia y representación de la corporación. Tampoco es relevante para el juicio de pérdida de investidura que no se haya registrado el nombre del director ejecutivo ante la Cámara de Comercio como representante legal en ejercicio de funciones. Estas dos circunstancias pueden resultar apreciables en un juicio sobre los efectos de los actos jurídicos celebrados por la corporación. Pero son datos accesorios respecto de la discusión que ocupa a la Sala, que se orienta exclusivamente a determinar probatoriamente

⁶⁴ Ver, por ejemplo Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00 (PI); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 10 de noviembre de 2009, Radicado 2008-01181-00 (PI), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 19 de enero de 2010, Radicado 2009-00708-00(PI), entre otras decisiones.

si el señor Mockus Sivickas participó activamente y con incidencia real, en interés propio o de un tercero, en la gestión o en la celebración de los contratos de los que hizo parte Corpovisionarios durante el periodo inhabilitante.

130. De ninguno de esos dos datos, al contrario de lo que sugieren los demandantes, se deriva prueba alguna de la existencia de un mandato tácito personal entre el señor Mockus Sivickas y el señor Murraín Knudson, que hubiese servido al primero para concretar o gestionar sus intereses personales mediante la persona del segundo. La Sala entiende que, si pudo haber una representación aparente o un mandato tácito, en todo caso y a falta de prueba en contrario, se enmarcó en la lógica organicista de la persona jurídica y pudo comprometer la voluntad de la corporación, no de las personas que operan sus órganos directivos.

131. Tampoco revela intereses particulares o conductas personales del convocado, la reforma de los estatutos registrados el 10 de mayo de 2018 por la Corporación. Los solicitantes sostuvieron que, con ese acto, la Corporación pretendió *“encauzar legalmente hacia el futuro sus actuaciones para evitar lo sucedido con la inhabilidad de Mockus”*.

132. Para resolver la preocupación de los demandantes, la Sala debe plantearse si obra prueba en el proceso que acredite que la Corporación tendió un velo de legalidad sobre una actuación irregular del Congresista acusado de aquellas que lo inhabilitarían para su cargo. En el expediente se encuentra el Acta 55 de 15 de diciembre de 2017⁶⁵, en la que el Consejo Directivo dejó constancia sobre la preocupación que se manifestó en la reunión respecto de la forma en que había funcionado la corporación; y sobre la decisión respecto de una licencia no remunerada que solicitó el señor Mockus Sivickas en su calidad de presidente. Esa acta, que se transcribe enseguida, da cuenta de una discusión normal dentro de una persona jurídica colectiva que constata una situación de delegación permanente de funciones para su gestión administrativa y propone remediarla con una reforma estatutaria.

“CONSEJO DIRECTIVO ACTA No. 55

(...)

A la reunión asistieron los siguientes miembros: Alejandro Florián, Javier Hernández, Claudia Steiner, Carlos Augusto Hernández y Orlando Melo // También asistieron Antanas Mockus en su calidad de presidente y Henry Murraín en su calidad de Director Ejecutivo de la Corporación.

(...)

6. VARIOS – OTORGAMIENTO DE LICENCIA NO REMUNERADA AL PRESIDENTE DE LA CORPORACIÓN

6.1. En atención a su inscripción como candidato al Senado de la República y aclarando que no ha ejecutado ninguna actividad como Representante Legal de la entidad desde su inscripción, el Presidente de la Corporación Antanas Mockus presenta al Consejo Directivo solicitud de licencia no remunerada. El término de vigencia de dicha licencia desde el 15 de diciembre hasta el 11 de marzo de 2018.

6.2. APROBACIÓN DE LA PROPOSICIÓN

Finalizado el plazo para la votación, se aprobaron por unanimidad la concesión de licencia no remunerada al Dr. Antanas Mockus, desde el 15 diciembre de 2017 hasta el 11 de marzo de 2018, y el nombramiento de Henry Samuel Murraín Knudson como Presidente encargado de la Corporación durante el periodo de dicha licencia.

6.3. DISCUSIÓN REFORMA ESTATUTARIA

⁶⁵ Folios 575 a 576 del cuaderno 4 principal.

Teniendo en cuenta que la representación de la entidad ha estado en cabeza de la Dirección Ejecutiva, porque la Presidencia la ha delegado a lo largo de más de 10 años. Por lo que se el Consejo se plantea la opción de reformar los estatutos de la entidad a fin de asignar facultades de representación legal de la Corporación al Director Ejecutivo.

Una vez considerada la propuesta, se acuerda recomendar una reforma estatutaria a la próxima Sala General para concretar los cambios estatutarios encaminados a poner en cabeza del Director Ejecutivo la representación legal de la Corporación.” (Se destaca)

133. Las actas son documentos que consignan los temas tratados y decididos en las reuniones de los órganos colegiados de las personas jurídicas, entre ellas, las entidades sin ánimo de lucro⁶⁶. El libro de actas contiene relatos sobre asuntos administrativos, económicos, jurídicos, financieros, contables y, en general, de todos los aspectos relacionados con el objeto social. Su contenido es un instrumento probatorio contundente, que sirve para acreditar los procesos de formación de la voluntad de las personas jurídicas en el seno de sus órganos colegiados, y la forma en que ellos adoptan definitivamente sus decisiones.

134. De conformidad con el Acta 55 de 2017, se encuentra acreditado que, el Consejo Directivo de Corpovisionarios, constató que por más de 10 años, el señor Murraín Knudson se desempeñó como representante legal, por lo que, en el transcurso de esa reunión se propuso una reforma estatutaria para que esa función de representación quedara de manera definitiva y exclusiva en cabeza de la dirección ejecutiva. En esta reunión, también se aprobó la solicitud de licencia no remunerada que solicitó el presidente de la corporación, en atención a su inscripción como candidato al Senado de la República.

135. Posteriormente, por medio de oficio de 25 de enero de 2018⁶⁷, elaborado por la Cámara de Comercio de Bogotá, se dio respuesta a la solicitud de inscripción del Acta 22 de la Sala General de 16 de diciembre 2017, con la cual se pretendía inscribir la licencia no remunerada del señor Mockus Sivickas (se transcribe):

“Atentamente le informamos que la Cámara de Comercio de Bogotá ha recibido el documento presentado por usted, una vez realizado el control formal de legalidad sobre el mismo y la conversación telefónica sostenida con el señor Nicolás Camacho se concluyó lo siguiente: el quorum o número de asociados hábiles presentes o representados en toda reunión debe ajustarse a las previsiones estatutarias, o en su defecto, a las legales. Según lo previsto en sus estatutos, el número de asociados hábiles presentes o representados en la reunión no presencial, que consta en el acta presentada su inscripción, no constituye el quorum deliberatorio necesario para que exista y se lleve a cabo la reunión, artículo 18 de sus estatutos. La desatención del anterior requisito no es saneable. En consecuencia, esta Cámara de Comercio lamenta informarle que no es viable proceder a la inscripción del documento en mención, en virtud de lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Comercio, artículo 10 del Decreto 427 de 1996 y numerales 2.2.2.2.2 (Régimen Común) y 2.2.3.2.2 (Régimen Especial del Sector Solidario) del Título VIII de la Circular única de las Superintendencia de Industria y Comercio”

136. La aprobación de la licencia no remunerada fue rechazada por la Cámara de Comercio de Bogotá, al carecer del quorum necesario para su inscripción. Esta devolución de la Cámara de Comercio no obsta para valorar probatoriamente el contenido del acta. Esta documentó la discusión entre los miembros del Consejo Directivo sobre el ejercicio de las funciones de representación legal en la Corporación. Lo que constataron en esa reunión se reitera en otras pruebas documentales que acreditan la realidad al interior de la corporación, pues desde una óptica organizacional y estructural está demostrado que la persona que

⁶⁶ Oficio 220-130431 de 28 de septiembre de 2015, proferido por la Superintendencia de Sociedades.

⁶⁷ Folios 180 a 182 del cuaderno anexo 8.

estuvo encargada de los asuntos contractuales, durante el periodo inhabilitante, era el señor Murraín Knudson y no el congresista convocado.

137. A partir de esa constatación, a través del certificado de existencia y representación legal de 6 de junio de 2018⁶⁸ (*documento elaborado por fuera del periodo inhabilitante*), Corpovisionarios reformó los estatutos de la corporación, para establecer de forma exclusiva las facultades de representación en cabeza de la Dirección Ejecutiva, mediante el Acta 22 de 16 de marzo de 2018, expedida por la Sala General de Corpovisionarios e inscrita el 10 de mayo de 2018.

138. La Sala encuentra que la valoración conjunta de las pruebas anteriores, le permite afirmar que Corpovisionarios realizó diferentes intentos para redefinir la distribución de funciones entre los órganos de administración y dirección, lo que no supone que los estatutos hubieran sido modificados injustificadamente.

139. Expuestas estas consideraciones, se pasará a estudiar el elemento conductual en los convenios de asociación, para establecer si se encuentra debidamente acreditado o no el comportamiento que se le reprochó al señor Mockus Sivickas.

2.4.2 Segundo problema jurídico: ¿se encuentra acreditada la participación activa, real, trascendente y útil del convocado en la gestión y celebración de los negocios jurídicos entre Corpovisionarios y las entidades públicas contratantes?

140. Este problema se afrontará, en relación con el Convenio de Asociación de la ACPP (2.4.2.1) y el Convenio de la UAESP (2.4.2.2). En cada uno se estudiará la gestión de negocios y de la suscripción del convenio.

2.4.2.1. Convenio de Asociación 10 de 9 noviembre de 2017 entre la ACPP y Corpovisionarios

141. En el proceso de negociación de este Convenio, la Sala encuentra 4 momentos relevantes en los que no sólo, no resultó acreditada la participación activa, concreta, trascendente y útil del señor Mockus Sivickas, sino que, al contrario, se probó que todas las etapas fueron impulsadas activamente y realizadas concreta y efectivamente por otra persona a nombre de la Corporación. (1) En un primer momento del procedimiento, el gerente general de la ACPP tomó la iniciativa enviando una comunicación a quien figuraba públicamente como presidente de Corpovisionarios, momento en que la participación del convocado no fue acreditada. (2) En la siguiente fase de las tratativas, se evidenció que el señor Murraín Knudson estaba a cargo de la gestión, pues fue quien suscribió la respuesta a la carta de intención y remitió la propuesta técnica a nombre de la Corporación. (3) Finalmente, obrando como su representante legal, asistió y lideró todas las reuniones técnicas y de negociación que permitieron la construcción de

⁶⁸ Folios 139 a 141 del cuaderno anexo 2.

los instrumentos precontractuales (análisis del sector y estudios previos) requeridos para la celebración del convenio.

142. (4) Paralelamente, al interior de Corprovisionarios, el director ejecutivo puso a consideración del Consejo Directivo la celebración del convenio con la ACPP. Esa sesión del órgano directivo fue presidida por el señor Mockus Sivickas. Al margen de que no se probó su participación activa en la decisión (si votó o no) la Sala considera que esa deliberación hizo parte del proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, y no constituye conducta alguna dentro del proceso de tratativas o negociación. Son estas últimas conductas, las que previó el constituyente y que se definen, justamente, porque involucran a terceros, e inciden o determinan posiciones de ventaja o asimetrías de poder, cuya ilegitimidad sanciona la norma.

143. En relación con **el primer momento, relacionado con la iniciativa**, se encuentra en el expediente la carta de intención de 11 de octubre de 2017⁶⁹, que firmó el gerente general de la ACPP Roberto Moya Ángel y elaboró el señor John Alexander Criollo Vargas funcionario de la misma entidad (se transcribe):

*"Doctor
ANTANAS MOCKUS SIVICKAS
Presidente
CORPOVISIONARIOS*

(...) La Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto – ACPP, se encuentra interesada en suscribir con CORPOVISIONARIOS un Convenio de asociación para implementar un ejercicio de visión compartida en veinte (20) Municipios del departamento de Cundinamarca, durante el cuarto trimestre de la presente vigencia.

(...) El presupuesto disponible por parte de la Agencia para su implementación es de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$300.000.000), los cuales aportan al cumplimiento de la Meta de Producto 274 "Beneficiar 2.200 jóvenes con formación en temas políticos, paz, conflicto y emprendimiento durante el periodo de gobierno" del Plan de Desarrollo Departamental "UNIDOS PODEMOS MÁS"

En consecuencia, le invito allegar una propuesta que coadyuve al Gobierno de Cundinamarca a alcanzar nuevos escenarios de convivencia ciudadana (...)"

144. En ese sentido, quien tomó la iniciativa para contratar fue la ACPP y no Corprovisionarios, por lo que, no se encuentra acreditado que el señor Mockus Sivickas hubiera intervenido en la elaboración de esta carta de intención. Por el contrario, está probado que esa carta fue creada por la entidad contratante, con base en las metas establecidas en el Plan de Desarrollo Departamental de Cundinamarca "Unidos podemos más 2016-2020"⁷⁰. El convenio obedeció a la política de planificación del departamento y no a la gestión de los intereses personales del señor Mockus Sivickas.

145. Respecto del **segundo momento, en el que se responde la carta y se remite la propuesta**, la Sala encuentra que, si bien, la carta de intención se dirigió

⁶⁹ Folio 39 del cuaderno anexo 1

⁷⁰ En el documento de análisis del sector se establece: "Dentro del Plan de Desarrollo del Departamento de Cundinamarca "Unidos Podemos Más 2016-2020" aprobado por la Asamblea Departamental según ordenanza No. 006 de mayo de 25 de 2016 se enmarca la línea estratégica de Paz Conflicto, la cual apunta a reconocer a las víctimas de las diferentes formas de conflicto como sujetos de derechos como ciudadanos y ciudadanas, de participación y de transformación social para apalancarlos a ellos y a sus grupos comunitarios como sujetos capaces de proponer emprendimientos social de otro impacto (...)"

Dando lugar entonces a que la ACPP desde su misionalidad e institucionalidad busque cumplir la meta 274 del plan de Desarrollo Unidos Podemos Mas., la cual señala beneficiar a 2200 jóvenes con formación en temas políticos, paz conflicto y emprendimiento durante el periodo de gobierno" (folios 112 y 114 del cuaderno anexo 10)

a una persona determinada, no implicaba que el receptor, en este caso el señor Mockus Sivickas en su calidad de presidente, hubiera adoptado una conducta activa para iniciar la etapa precontractual del convenio. De hecho, el señor Mockus ni siquiera respondió la invitación, sino que lo hizo quien para entonces estaba encargado de las gestiones contractuales y de la representación legal de la entidad. El 12 de octubre de 2017, en efecto, el señor Henry Samuel Murraín Knudson dio respuesta a la ACPP y presentó la propuesta técnica y económica (se transcribe):

"Señor
Roberto Moya Ángel
Gerente General
Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto

(...) Ref: PROPUESTA TÉCNICA Y ECONÓMICA

Apreciado Roberto:

El suscrito Henry Samuel Murrarin Knudson, atendiendo su invitación efectuada mediante comunicación ACPGG-034, de fecha 11 de octubre de 2017, me permito presentar propuesta técnica y económica para el proyecto de la referencia en 21 folios⁷¹ (...)"

146. No hay evidencia de la intervención del señor Mockus Sivickas en la confección o remisión de la propuesta, como tampoco hay prueba que acredite que el señor Murraín hubiera actuado en representación personal del señor Mockus, pues el director ejecutivo obró en ejercicio de sus funciones y, por lo tanto, a nombre de la corporación.

147. En la propuesta técnica y económica⁷² se indicaron los siguientes aspectos: 1) el señor Mockus Sivickas como integrante del equipo directivo⁷³; 2) el aporte de la gobernación de Cundinamarca equivalente a \$300.000.00⁷⁴ y de Corpovisionarios por un valor de \$128.571.428⁷⁵; 3) del aporte de la ACPP se discriminó el valor del *"transporte y viáticos de encuestadores, dinamizadores de talleres y del profesor Antanas Mockus"*⁷⁶; 4) en el acápite de la forma como se desarrollaría el proyecto se señala *"¿Cómo lo haremos? Se coordinará y adelantará la participación de Corpovisionarios en el evento de lanzamiento de agencia de Cundinamarca para la paz y el pos conflicto para presentar el resumen de las actividades (incluye intervención de Antanas Mockus presidente de Corpovisionarios)"*⁷⁷; 5) en el acápite de equipo directivo y en la propuesta de trabajo aparecen fotografías del señor Mockus Sivickas y otros miembros de la corporación⁷⁸.

148. De este documento se desprende que, la propuesta contiene diversas referencias al congresista acusado, pero ninguna de ellas demuestra la gestión de negocios, pues la utilización de su nombre por parte del director ejecutivo no acredita el comportamiento activo del señor Mockus Sivickas en las tratativas del

⁷¹ Folio 61 del cuaderno anexo 1.

⁷² Folios 40 a 60 del cuaderno anexo 1.

⁷³ Folio 41 cuaderno anexo 1

⁷⁴ El 27 de octubre de 2017, el funcionario John Alexander Criollo de la ACPP solicitó el certificado de disponibilidad presupuestal (folio 62 cuaderno anexo 1). Posteriormente, el 30 de octubre de 2017, el subgerente administrativo y financiero de la ACPP Hermogenes López Poveda, certificó la disponibilidad presupuestal por dicho monto.

⁷⁵ Folio 43 del cuaderno anexo 1

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Folio 45 del cuaderno anexo 1

⁷⁸ Folios 41 y 52 del cuaderno anexo 1.

convenio. Tampoco podría deducirse que, todas las personas nombradas y fotografiadas en la propuesta, contribuyeron a la elaboración y presentación de esta, ya que, el único que suscribió el documento, mediante el cual se concretó de manera efectiva esa diligencia, fue el señor Murraín Knudson. La inclusión de una lista de personas en la propuesta, que podrían hacer parte de la ejecución del contrato, no acredita que ellas hayan desplegado conductas activas, serias, con capacidad real para incidir en la negociación del contrato. Sólo prueba que sus servicios son ofrecidos por alguien en el marco de una propuesta.

149. Respecto del transporte y los viáticos de los encuestadores, dinamizadores de los talleres y del profesor Antanas Mockus, se debe advertir que, dentro de las condiciones⁷⁹ de la propuesta se encuentra el desarrollo de 2 talleres, los cuales serían ejecutados en la fase de implementación⁸⁰ del convenio de asociación. También, se estableció que, el resumen de las actividades desplegadas por la ACPP sería expuesto por él.

150. No obstante, estas situaciones no configuran la gestión de negocios, pues la jurisprudencia ha establecido que todos los aspectos concernientes con la ejecución y liquidación no tienen el carácter de gestión. Estas referencias no tienen la virtualidad de probar que el señor Mockus Sivickas tramitó el convenio ante la ACPP. Ni siquiera son aptas para probar su participación en la ejecución del contrato, que en todo caso no lo inhabilitaría, de acuerdo con la jurisprudencia pacífica de esta Sala.

151. Por otra parte, que el congresista convocado hubiera conocido o no la propuesta, no comporta la materialización de una conducta activa, real, trascendente y útil para el desarrollo de las tratativas precontractuales, puesto que, está probado que el único que realizó los acercamientos entre la ACPP y la corporación fue el señor Murraín Knudson⁸¹.

152. Respecto del tercer momento, relacionado con las reuniones y gestiones paralelas la Sala analizará tres elementos. El primero, los fundamentos de valoración de la propuesta, entre ellos, el documento sin fecha de análisis del sector⁸², suscrito por John Alexander Criollo Vargas subdirector técnico de la ACPP y los estudios previos⁸³ desarrollados por la subgerencia técnica de la ACPP en el mes de octubre de 2017, sin indicación exacta del día.

153. Sobre el documento de análisis del sector, se resaltan los siguientes apartes (se transcribe):

"JUSTIFICACIÓN DE LA SELECCIÓN DEL ASOCIADO

Son factores determinantes para la selección del contratista los siguientes:

Corpovisionarios, tiene un objeto social, con naturaleza jurídica y trayectoria que le permite desarrollar el objeto contractual.

⁷⁹ Folio 42 del cuaderno anexo 1.

⁸⁰ Folio 44 del cuaderno anexo 1.

⁸¹ Folio 61 del cuaderno anexo 1.

⁸² Folios 80 a 93 del cuaderno anexo 1 y folio 111 del cuaderno anexo 10.

⁸³ Folios 66 a 79 del cuaderno anexo 1 y folio 124 del cuaderno anexo 10.

El proyector objeto del convenio está comprendido dentro de las líneas del plan de desarrollo del departamento de Cundinamarca el Plan de Acción de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, es fundamento misional de la entidad, así es de interés social.

(...) para generar un mayor impacto social se requiere la vinculación de entidades como la Corporación Visionarios por Colombia dada su experticia en el tema.

La Corporación Visionarios por Colombia, es una organización sin ánimo de lucro creada para ayudar a inventar o adoptar mecanismos o procesos que permitan desarrollar políticas públicas especialmente en cuanto implica consolidar o transformar comportamientos de la ciudadanía. Su mayor fortaleza está en su experiencia en sacar adelante políticas públicas acoplando desarrollos formales (jurídicos) o con sus correlatos informales (regulación cultural y moral) logrando transformaciones congruentes con esas políticas públicas en comportamientos, actitudes y justificaciones de la gente.

Las líneas de intervención de CORPOVISIONARIOS recogen aprendizajes y nuevos conocimientos derivados entre otros de la experiencia de la Alcaldía del Doctor Antanas Mockus, en la ciudad de Bogotá, donde se dieron resultados positivos en campos tan distintos (...)

Estas experiencias, sumadas a los nuevos desarrollos conceptuales y metodológicos de Corpovisionarios en materia de // CULTURA CIUDADANA //GESTIÓN PÚBLICA ADMIRABLE // ARMONIZACIÓN DE INNOVACIONES URBANAS FÍSICAS Y CULTURALES // MOVIMIENTO POR LA CALIDAD Y LA EQUIDAD DE LA EDUCACIÓN.

Estos procesos son desarrollados por el profesor Mockus y un equipo interdisciplinario de amplia solvencia académica y técnica (...)

El profesor Antanas Mockus, será el coordinador general de la propuesta. Actualmente el profesor es presidente de Corpovisionarios, es Excalde Mayor de Bogotá. ExRector de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesor Asociado de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Colombia y profesor invitado de la Universidad de Harvard (...)

Entre otros procesos adelantados por Corpovisionarios, cabe destacar que en 2008 se inició un proyecto en la ciudad de Medellín, a partir de la realización del Foro por la vida, súmate y actúa, el cual contó con la presencia de varios funcionarios de la Alcaldía de Medellín y con la conferencia "la vida es sagrada" del profesor Antanas. Gracias a los buenos resultados de las experiencias alcanzadas, por Corpovisionarios con entidades públicas con las que ha tenido relación, la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto consideró pertinente desarrollar que se plantea la presente propuesta."

154. El criterio determinante para seleccionar a Corpovisionarios como contratista fue su trayectoria y experiencia. Si bien, el documento hizo referencia al papel que tuvo el señor Mockus Sivickas en la ejecución de las experiencias exitosas, al señalar las conferencias y charlas impartidas por medio de un enfoque social y cultural innovador, esto no demuestra que hubiera realizado los acercamientos entre las partes contratantes mediante conductas activas.

155. No resulta extraño que, las ideas conceptuales y metodológicas de una persona impregnen el funcionamiento institucional de una corporación, porque no podría ignorarse que el desarrollo de esos proyectos y procesos parten de la visión de una persona que ha impulsado estrategias innovadoras en temas de cultura ciudadana. Su mención como coordinador del proyecto en su ejecución no inhabilita al congresista acusado, pues no acredita que haya intervenido activa y efectivamente en las negociaciones.

156. Se debe advertir que, el rol que desempeñó el señor Mockus Sivickas en los proyectos que acreditan la experiencia de la entidad se dio durante la fase de ejecución y no en la etapa la negociación o de las tratativas, con lo cual, la actividad desplegada fue una labor como académico y no como negociante o facilitador de dichos convenios y contratos con entidades públicas y privadas.

157. Este documento hace especial énfasis en que Corpovisionarios ha adquirido experiencia en la ejecución de distintos proyectos, que en parte se debe al aprendizaje y conocimiento aportado por el congresista convocado, pero esto de ninguna manera prueba el despliegue de un comportamiento positivo y serio encaminado al desarrollo de gestiones o trámites para celebrar el convenio de asociación en cuestión.

158. En el expediente también se encuentra el documento de estudios previos, diseñado por la subgerencia técnica de la ACPP, en el que se exponen las consideraciones esenciales para el desarrollo del convenio de asociación⁸⁴ (se transcribe):

"Dan lugar entonces a que la ACPP desde su misionalidad e institucionalidad busque cumplir la meta 274 del plan de Desarrollo Unidos Podemos más., la cual señala beneficiar a 2200 jóvenes con formación en temas políticos, paz conflicto y emprendimiento durante el periodo de gobierno.

2.2. ALCANCE // Con el desarrollo y puesto en marcha del presente convenio se busca generar un proceso de acompañamiento y apoyo en el diseño y la implementación de un ejercicio de visión compartida, que desde el enfoque de Cultura Ciudadana contribuya a la construcción de una mirada de paz por parte de la ciudadanía, que parta de la corresponsabilidad en las relaciones personales y familiares en la vida cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes. En el cual se harán entrevistas, videos, fotografías, análisis de información y talleres que acerquen a la juventud a los temas de paz y posconflicto.

(...) 2.2.3. IDONEIDAD DEL ASOCIADO // De conformidad con lo establecido en el decreto 092 de 2017, la Corporación Visionarios por Colombia – CORPOVISIONARIOS, es una entidad sin ánimo de lucro constituida en el año 2001, que estudia el comportamiento humano, y se ocupa no solo de comprenderlo sino de transformarlo. Para lo cual realizan investigaciones interdisciplinarias que buscan revelar las creencias, hábitos, actitudes y normas que favorecen comportamientos indeseables para el bien común. Involucrando múltiples moradas, como la antropología, la filosofía, la economía, la psicología, comunicación y el diseño y además conjugan el análisis cuantitativo con poderosos métodos cualitativos para identificar los puntos críticos en la transformación de problemáticas sociales, esto ha hecho que CORPOVISIONARIOS haya crecido y sea referente para organizaciones con similar objeto social y/o razón de ser, a continuación se, mostraran algunos puntos a favor de este asociado:

- *CORPOVISIONARIOS ha desarrollado contratos y/o convenios con organizaciones públicas y privadas como:
OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC)
ECOPETROL S.A
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES – OIM
COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN
FONDO DE PROGRAMAS ESPECIALES PARA LA PAZ – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES – DIAN
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO EN COLOMBIA – PUND
UNIVERSIDAD NACIONAL*

(...)

Por todo lo anterior expuesto cabe resaltar que CORPOVISIONARIOS posee una estructura financiera y organizacional eficiente (...)

2.3 IDENTIFICACIÓN DEL CONVENIO A CELEBRAR

(...) En el mismo sentido el Decreto 092 de 2017 "Por el cual se reglamente la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a las que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la constitución política en su artículo 5 indica lo siguientes:

(...) Los convenios de asociación que celebran las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y entidades estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a ésta les asigna la ley a los que hace referencia al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos los compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional (...)

Este régimen especial de contratación procede para impulsar programas de interés públicos, en alianza con una entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; en este caso el programa que hace parte del Plan de Desarrollo de Cundinamarca "Unidos Podemos Mas 2016-2019", considera dentro de los Gastos de Inversión, el Eje- Tejido Social, Programa JÓVENES POR CUNDINAMARCA, cuya meta producto 274 busca beneficiar a 2200 jóvenes con formación en temas políticos, paz conflictos y emprendimiento durante el periodo de gobierno, y los compromisos derivados de este convenio guardan relación directa con la misión y funciones de la Agencia de Cundinamarca para la paz y el Postconflicto, específicamente con la función 7.1 "Preparar en coordinación con las Secretarías de Despacho, las entidades y órganos del Departamento, y en armonía con las entidades competentes de otros niveles de Gobierno, el alistamiento del Departamento de Cundinamarca, para la implementación de los acuerdos de paz que se suscriban y se adopten legalmente, el afianzamiento de la paz y la seguridad, mediante la pedagogía, la cultura y valores de convivencia, el desarrollo sostenible y la inclusión productiva de la población víctima y reinsertada" y se relacionan de manera directa con el objeto de la Entidad sin ánimo de Lucro, que señala: "La Corporación, como entidad sin ánimo de lucro, está organizada para promover y apoyar el desarrollo de una cultura ciudadana, en el ámbito político, económico y social del país con el fin de contribuir desde una reflexión pedagógica consciente al cambio en las costumbres políticas y al logro de la convivencia y las paz". Conforme a lo señalado anteriormente, el proceso que se pretende adelantar con base en los presentes estudios previos, permiten a la Agencia, Garantizar el cumplimiento de nuestro objeto misional y el Derecho a la Paz.

⁸⁴ Folios 66 a 79 del cuaderno anexo 1 y folio 124 del cuaderno anexo 10

Este convenio representa además la optimización de los recursos públicos en términos de eficacia, eficiencia, economía y manejo del riesgo, puesto que la Corporación Visionarios por Colombia, cumple con los criterios de idoneidad estipulados en la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad", de Colombia Compra Eficiente y en el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, porque cuenta con la trayectoria, experiencia, recursos humano, sólida estructura organizacional, buena reputación a nivel nacional y departamental e indicaciones de sostenibilidad, que le permiten adelantar acciones tendientes a la construcción de cultura ciudadana, de convivencia, resiliencia, buen trato, paz y postconflicto.

(...)

4. JUSTIFICACIÓN DE SELECCIÓN DEL ASOCIADO (...)"

159. En esos estudios, la Sala encuentra acreditado que, la ACPG gestionó el convenio para cumplir con sus objetivos y en el marco de sus funciones. Identificó la necesidad de celebrar un convenio de asociación con una entidad sin ánimo de lucro, que cumpliera con los requisitos de idoneidad exigidos por el ordenamiento jurídico.

160. Para demostrar las características de idoneidad, el documento de estudios previos exaltó los negocios jurídicos celebrados por Corpovisionarios con organizaciones públicas y privadas, las temáticas tratadas y la capacidad para administrar recursos en la ejecución de proyectos. Así, la ACPG decidió que Corpovisionarios era el asociado indicado, por su estructura financiera, organizacional y por su amplia trayectoria en la implementación de ese tipo de proyectos.

161. La Sala no encuentra acreditado que el criterio principal que hubiera motivado las tratativas del convenio hubiera sido la presencia del señor Mockus Sivickas. Los estudios previos prueban, en cambio, que fueron las características particulares de Corpovisionarios como persona jurídica y su trayectoria, lo que sirvió de fundamento para su elección.

162. Es importante aclarar que, si bien en el título que se denomina "*justificación de selección del asociado*" en el documento de estudios previos aparece la posible intervención del congresista convocado, esta no tiene la magnitud suficiente para probar que él hubiera gestionado o negociado el convenio de asociación. La Sala no encontró ninguna prueba de su participación en la elaboración de la propuesta o en las reuniones con las entidades, y en cambio sí encontró acreditado que el convocado no construyó los documentos de análisis del sector, ni los estudios previos del convenio.

163. El 8 de noviembre de 2017, el señor Roberto Moya Ángel gerente general de la ACPG, expidió el acto administrativo que justificó la contratación directa del convenio⁸⁵, en el que se reiteró:

"Que la suscripción del Convenio de Asociación, representa además la optimización de los recursos públicos en términos de eficacia, eficiencia, economía y manejo de riesgo, puesto que la Corporación Visionarios por Colombia, cumple con los criterios de idoneidad (...) porque cuenta con la trayectoria, experiencia, recurso humano, sólida estructura organizacional, buena reputación a nivel nacional y departamental e indicadores de sostenibilidad; que le permiten adelantar acciones tendientes a la construcción de cultura ciudadana, de convivencia, resiliencia, buen trato, paz y postconflicto (...)"

164. El segundo elemento, tiene relación con el liderazgo del señor Murraín Knudson durante las negociaciones del convenio. Las declaraciones realizadas

⁸⁵ Folios 95 a 100 del cuaderno anexo 1.

ante el Consejo Nacional Electoral⁸⁶ y los testimonios⁸⁷ practicados en el proceso de pérdida de investidura soportan la valoración de las pruebas documentales anteriores, porque son coincidentes y no contradicen los hechos que en ellas se relatan.

165. De esas declaraciones y testimonios se derivan las siguientes conclusiones: primero, al interior de la ACPD surgió la idea de negociar y contratar con Corpovisionarios, porque el señor John Alexander Criollo Vargas en su calidad de subgerente técnico, propuso al interior de las reuniones técnicas de la entidad a Corpovisionarios por su trayectoria y experiencia para la ejecución del convenio de visión compartida.

166. Segundo, el acercamiento entre las entidades comenzó en el mes de junio de 2017, cuando la ACPD fue a Corpovisionarios a solicitar la realización de un convenio. Sin embargo, en septiembre de 2017, la agencia le manifestó al señor Murraín Knudson que la propuesta sobrepasaba el presupuesto, por lo que, solicitó hacer una reducción de esta.

167. En el mes de octubre de 2017, la entidad dirigió una carta de intención al señor Mockus Sivickas, para que Corpovisionarios presentara una nueva propuesta. El señor Hermógenes López Poveda subgerente técnico y financiero de la ACPD aclaró que, la comunicación se había dirigido al congresista porque en la página de internet aparecía como presidente de la corporación y no sabían con exactitud a quien debía allegarse la misma.

168. Tercero, quien contestó y presentó la propuesta fue el señor Murraín Knudson. A su vez, realizó todos los trámites y negociaciones previas. El señor Mockus Sivickas no participó en la confección de la propuesta, ni en las conversaciones previas, pues el director ejecutivo actuaba como representante legal de la corporación y tenía a su cargo toda la gestión contractual.

169. Cuarto, los declarantes hicieron hincapié en que el congresista convocado no había desarrollado ninguna actividad relacionada con las gestiones previas, ni con la suscripción del convenio, como tampoco su participación había sido necesaria para su ejecución, a tal punto que, la entidad otorgó acta de satisfacción de cumplimiento del objeto contractual.

170. Quinto, tanto el señor Henry Samuel Murraín Knudson como los funcionarios de la ACPD tenían la plena convicción de que el primero era el representante legal de Corpovisionarios. Razón por la cual, solo cotejaron los documentos entregados en la propuesta con las facultades que se le habían delegado para contratar. Esa confianza tenía fundamento en que, de un lado, en el certificado de existencia y representación legal se establecía que el director ejecutivo podía llevar la representación legal, y de otro lado, en que el acto de delegación lo habilitaba

⁸⁶ Declaración del señor Mockus Sivickas de 17 de mayo de 2018 (folios 507 a 509 del cuaderno anexo 7) y la ampliación de declaración de 29 de junio de 2018 (folios 713 a 715); la declaración de Murraín Knudson de 3 de mayo de 2018 (folios 402 a 403) y la ampliación de declaración de 29 de junio de 2018 (folios 716 a 718). Es importante resaltar que, en primera instancia, por medio de Auto de 3 de agosto de 2018, la Sala 1 Especial de Decisión decretó como prueba la totalidad del expediente del proceso administrativo ante el Consejo Nacional Electoral.

⁸⁷ Testimonios de los señores Henry Samuel Murraín Knudson, John Alexander Criollo Vargas y Hermógenes López Poveda (folios 219 a 222 y 1 CD del cuaderno 2 principal)

expresamente para contratar y realizar todos los actos inherentes a la actividad contractual.

171. Sexto, entre Corpovisionarios y la ACPP se estableció la posibilidad de que el señor Mockus Sivickas participara en la actividad de cierre del proyecto, sin tener la autorización para ello. No pudo llevarse a cabo esa intervención, porque el congresista convocado manifestó sus aspiraciones al Congreso de la República, situación que desconocía el señor Murraín Knudson al momento de presentar esa posibilidad. Esto no afectó el convenio de asociación, porque no era una actividad estratégica o definitiva para la ejecución del proceso.

172. Séptimo, los funcionarios de la ACPP fueron enfáticos en indicar que, no habían tenido contacto alguno con el señor Mockus Sivickas, sino, exclusivamente, con el señor Murraín Knudson, tanto en la fase de negociación, como en la etapa de ejecución del convenio de asociación. Al respecto, se debe resaltar que, todas las reuniones anteriores a la celebración del convenio fueron realizadas por parte de los equipos técnicos de las entidades, en compañía del director ejecutivo.

173. Octavo, el señor Murraín Knudson manifestó que las resoluciones de delegación habían sido registradas, porque estas tenían el sello de la Cámara de Comercio de Bogotá. Como consecuencia, la Sala Plena decretó prueba de oficio para contrastar el testimonio del director ejecutivo. Sobre el particular, la Cámara de Comercio de Bogotá contestó⁸⁸ que, tales resoluciones nunca fueron registradas y que aparentemente el sello correspondía a las hojas en blanco que se usaban cuando una entidad sin ánimo de lucro cumplía con la obligación legal de registrar sus libros de comercio, los cuales por ley están obligados llevar, para el caso de la Corporación correspondían al libro de actas del máximo órgano y el de los corporados o asociados.

174. El **cuarto elemento, es paralelo al proceso de negociación del convenio**. Por esa razón, es necesario traer a colación que los solicitantes sostuvieron que el señor Mockus Sivickas había gestionado el negocio, por haber presidido la reunión del Consejo Directivo de 5 de octubre de 2017⁸⁹, en la que el señor Murraín Knudson propuso la firma del convenio con la ACPP (se transcribe):

*"CONSEJO DIRECTIVO
ACTA No. 54*

A los 5 días del mes de octubre de 2017, siendo las 8:16 a.m. y atendiendo convocatoria el 19 de septiembre de 2017 por parte de Henry Samuel Murraín Knudson, en su calidad de Director Ejecutivo de la Corporación, se reunió de manera presencial el Consejo Directivo de la Corporación Visionarios por Colombia.

A la reunión asistieron los siguientes miembros // Alejandro Florián, Javier Hernández, Lorena Suárez, maría Isabel Patiño, Claudia Steiner y Mauricio Ruiz.

También asistieron Antanas Mockus en su calidad de Presidente y Henry Murraín en su calidad de Director Ejecutivo de la Corporación.

ASISTENTES INVITADOS: // Ana Cristina Lesmes Directora Administrativa y Nicolás Camacho Asesor Jurídico.

1. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM

⁸⁸ Folios 631 a 632 del cuaderno 4 principal.

⁸⁹ Folios 571 a 573 del cuaderno 4 principal.

Considerando lo establecido en el artículo 26 de los Estatutos de la Corporación, en el que se establece que el Consejo Directivo no podrá decidir “sin la presencia de al menos cinco (5) de sus miembros”, la Secretaría de la sesión verificó que con los cinco (5) miembros asistentes existió quórum para deliberar y decidir

2. ORDEN DEL DÍA

- 1. Verificación del quórum.
- 2. Aprobación del orden del día.
- 3. Lectura y aprobación del acta anterior.
- 4. Informe financiero – administrativo a 30 de junio de 2017.
- 5. Proyectos segundo semestre 2017.
- 6. Varios.

(...)

5. PROYECTOS SEGUNDO SEMESTRE DE 2017.

En este punto del orden del día, la Dirección Ejecutiva informa a los asistentes acerca de los proyectos que se ejecutarán durante el segundo semestre de 2017. Dentro de dicha exposición se destacan:

- Fonvivienda.
- Agencia de Paz de Cundinamarca
- UAESP
- Seminario Internacional
- Alcaldía de Cali

Una vez efectuada la exposición, se realizan los siguientes aportes y conclusiones:

- Se pone a consideración de los miembros del Consejo la firma de un convenio con la Agencia de Paz de Cundinamarca, bajo las condiciones del nuevo decreto, en el que la Corporación efectuara un aporte efectivo al mismo.

6. VARIOS

FINALIZACIÓN

Siendo las 12 m. y habiendo agotado los puntos del orden del día, se levanta la sesión por parte del Presidente.⁹⁰

175. Teniendo en cuenta que, las actas que obran en el expediente tienen plenos efectos probatorios, se encuentra acreditado que, el señor Mockus Sivickas presidió la reunión en la que se puso en consideración del Consejo Directivo la firma y el aporte presupuestal del convenio de asociación con la ACPP. Pero, de esta acta no se desprende que la aprobación de la firma del convenio se hubiera dado en dicha reunión, como tampoco que se hubiera adoptado una decisión unánime, tampoco si el congresista acusado ejerció su voto o no, o en qué sentido.

176. No obstante, obra en el expediente el certificado de disponibilidad presupuestal de Corpovisionarios⁹¹ en el que se señala (se transcribe):

“CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL No. 2017-100

De conformidad al presupuesto aprobado por el Consejo Directivo de la Corporación Visionarios Por Colombia, para el Rubro de Proyectos a desarrollar en el año 2017, certifico que a la fecha del presente documento, esta Corporación cuenta con la siguiente disponibilidad presupuestal:

VALOR CIENTO VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE (\$128.571.429).

CONCEPTO: Financiamiento del Convenio con Objeto: “Aunar esfuerzos humanos, administrativos, técnicos y financieros para apoyar el diseño y la implementación de un ejercicio de visión compartida en el departamento de Cundinamarca, que desde el enfoque de cultura ciudadana contribuya a la construcción de una mirada de paz por parte de la ciudadanía, que parta de la corresponsabilidad en las relaciones personales y familiares en la vida cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes.”

⁹⁰ Folios 571 a 573 del cuaderno 4 principal

⁹¹ Folio 94 del cuaderno anexo 1.

177. En ese sentido, el Consejo Directivo de la corporación aprobó el aporte de recursos para el convenio de asociación con la ACPP. Sin embargo, esto no permite deducir que el congresista hubiera aprobado positivamente el convenio en cuestión, pues el acta de esa reunión y el certificado de disponibilidad presupuestal no precisan si participó activamente en la decisión o el sentido de su decisión. De esta manera, como el fundamento fáctico de este proceso de responsabilidad no puede partir de inferencias, no hay certeza que demuestre que la decisión fue adoptada por el congresista, por el simple hecho de haber presidido la reunión.

178. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que las actas del Consejo Directivo de los años 2017 y 2018⁹² prueban que cuando los órganos de administración y dirección han adoptado decisiones de forma unánime se deja constancia de forma expresa sobre esta situación, a diferencia de lo que ocurre con el Acta 54 de 5 de octubre de 2017, en la que no se hizo referencia al sentido de la decisión, ni sobre la forma en que votaron sus miembros.

179. En todo caso, un fenómeno específico es la formación de la voluntad de la persona jurídica cuando en el seno de sus órganos directivos están conformados por un número plural de personas, y otro diferente es la realización de las negociaciones, tratativas o acercamientos ante la ACPP. En el expediente está acreditado que esta actuación estuvo a cargo del director ejecutivo⁹³. Razón por la cual, la toma de decisión por parte de uno de los órganos colectivos al interior de la corporación no tiene el carácter de diligencia o trámite ante otra entidad, toda vez que, la gestión se configura cuando existe una relación frente a un tercero.

180. Conforme con la valoración conjunta del acervo probatorio, es posible afirmar que, el señor Mockus Sivickas no intervino en la gestión del convenio de asociación, por sí mismo, ni por interpuesta persona; quien realizó las diligencias y tratativas precontractuales fue el director ejecutivo en nombre de la corporación. Así, el acto de delegación otorgado por el presidente en ejercicio de las funciones es prueba directa de la manera cómo funcionaba la corporación para la época. El efecto principal de ese acto, fue que el señor Murraín Knudson se presentó ante la ACPP como representante legal de Corpovisionarios, y esa entidad se relacionó con él en esa calidad. Todo, sin perjuicio de que el acto no fue registrado y sin perjuicio de las discusiones sobre los efectos de los actos realizados con fundamento en esa delegación, que no son competencia de esta Sala como juez de la pérdida de investidura.

181. En relación con la **celebración de contratos** del Convenio de Asociación 10 de 9 noviembre de 2017, suscrito entre Corpovisionarios y la ACPP, la Sala encuentra 3 elementos de análisis que acreditan que el señor Mockus no participó en esta etapa del proceso de contratación. En efecto, (1) se probó que el acta de

⁹² Acta 51 de 17 de enero de 2017 (folios 561 a 566); Acta 52 de 21 de abril de 2017 (folio 567); Acta 53 de 25 de julio de 2017 (folios 568 a 570); Acta 55 de 15 de diciembre de 2017 (folios 574 a 575); Acta 56 de 23 de febrero de 2018 (folios 577 a 582); Acta 57 de 21 de junio de 2018 (folios 583 a 584); Acta de 15 de noviembre de 2018 (folios 585 a 586).

⁹³ Folio 61 del cuaderno anexo 1 y los testimonios que posteriormente serán valorados.

suscripción del contrato fue firmada por el señor Murraín Knudson a nombre de la Corporación. (2) De otra parte, se acreditó que el señor Mockus no tuvo ningún vínculo contractual con la ACPP del que pudiera derivarse su incidencia en la celebración del convenio. (3) El señor Murraín Knudson, de nuevo actuando a nombre de la Corporación, suscribió el acta de inicio del convenio, y la solicitud de suspensión y prórroga. No resultó acreditado que el señor Mockus Sivickas hubiera participado de forma activa, real, concreta, trascendente y útil en la celebración o formalización del convenio, ni directamente ni por medio de la persona del señor Murraín. Al contrario, quedó acreditado que este último actuó siempre a nombre de la Corporación y en gestión de los intereses de esa persona jurídica.

182. Respecto del primer elemento, relacionado con la suscripción del contrato por el señor Murraín Knudson a nombre de la Corporación, obra en el expediente prueba de la suscripción del Convenio⁹⁴ (se transcribe):

"Entre los suscritos a saber ROBERTO MOYA ÁNGEL, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 19.411.996, en calidad de Gerente General de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, nombrado mediante Resolución No. 2551 del 13 de diciembre de 2016 y Acta de Posesión 00379 del 14 de diciembre de 2016, que en adelante se denominará la AGENCIA, y de otra parte HENRY SAMUEL MURRAÍN KNUDSON, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.691.992, quien obra en nombre y representación legal de la Corporación Visionarios por Colombia, entidad sin ánimo de lucro con NIT. 830093146-6, constituida mediante acta del 27 de julio de 2011, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de octubre de 2011, bajo el No. 44505 del libro respectivo, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por dicha cámara; autorizado por el Consejo Directivo para suscribir este convenio, y que en adelante se denominará CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA; hemos acordado celebrar el presente convenio de asociación, previas las siguientes consideraciones:

(...)

14) Que la suscripción del Convenio de Asociación, representa además la optimización de los recursos públicos en términos de eficacia, eficiencia, economía y manejo de riesgo, puesto que la Corporación Visionarios por Colombia, cumple con los criterios de idoneidad (...) porque cuenta con la trayectoria, experiencia, recurso humano, sólida estructura organizacional, buena reputación a nivel nacional y departamental e indicadores de sostenibilidad; que le permiten adelantar acciones tendientes a la construcción de cultura ciudadana, de conveniencia, resiliencia, buen trato, paz y postconflicto. 15) Que la Corporación Visionarios por Colombia hace aportes en un 30% del valor total del convenio, representados en dinero, en el entendido que la naturaleza asociativa del presente convenio, no comporta conmutatividad (...)

(...)

2.4. Obligaciones Específicas de a cargo de los asociados

2.4.1. A cargo de la Corporación Visionarios por Colombia

- 1. Recolectar información en los municipios donde se desarrollaran las actividades (de acuerdo a la propuesta)*
- 2. Realizar dos (02) talleres de visión compartida con jóvenes en igual número de municipios de Cundinamarca o Bogotá.*
- 3. Recolectar información complementaria a través de sitio web de la entidad, mensajes de texto y redes sociales (herramienta web, formularios en línea entre otros)*
- 4. Establecer al menos tres (03) preguntas a las entrevistas de acuerdo a la metodología establecida.*
- 5. Realizar al menos 8000 entrevistas, en los 20 municipios visitados dejando registro fílmico y fotográfico de cada una de ellas.*
- 6. Realizar la entrega del documento que recopila las acciones ejecutadas junto al material fílmico, de acuerdo con la metodología acogida.*
- 7. Divulgar los resultados mediante un video que recoja todas las actividades realizadas.*
- 8. Realizar trabajo de community manager en los municipios indicados desde la ACPP (...)*
- 9. Apoyar las convocatorias generadas desde la ACPP, para las actividades. Acompañar la planeación, coordinación, ejecución y desarrollo de las actividades, que den respuesta al objeto del Convenio (...)"*

183. El documento anterior, acredita que el señor Murraín Knudson firmó el convenio a nombre de Corpovisionarios en calidad de representante legal y no como mandatario del señor Mockus Sivickas. La presidencia, en efecto, delegó al

⁹⁴ Folios 101 a 111 del cuaderno anexo 1.

director ejecutivo la función de representación legal de la corporación, con base en las disposiciones del estatuto social. Se debe resaltar que, la entidad pública tuvo en cuenta esa condición del señor Murraín Knudson para celebrar el convenio, porque de forma expresa, mediante la Resolución 3 de 2014, se le informó a la ACPP sobre las facultades que tenía el director ejecutivo para contratar.

184. El convenio es la prueba irrefutable de la manera en que lo celebraron, porque ambas partes contratantes entendían la relación jurídica que existía entre ellos, como cabezas visibles de las entidades que representaban (aparente o realmente) durante la firma del convenio. Esta situación no tiene ninguna relación con la celebración de contratos por interpuesta persona, pues no existe prueba en el expediente que demuestre que el señor Mockus Sivickas de manera activa, seria, concreta, real y trascendente le daba órdenes, a título particular, al señor Murraín Knudson, para que este gestionara y concretara sus intereses personales.

185. Por el contrario, existen diversas pruebas documentales y testimoniales⁹⁵, que permiten acreditar que el señor Murraín Knudson actuó en representación de Corpovisionarios. La delegación que hizo el congresista convocado no tenía como fundamento o finalidad la gestión de sus intereses personales, sino que dicha delegación se suscribió en ejercicio de las funciones que le otorgó el estatuto social como presidente de la corporación. No es jurídicamente admisible equiparar la voluntad del órgano societario con la voluntad de las personas naturales que ocupan los cargos de sus órganos directivos.

186. Tampoco se encuentra acreditado en el expediente la gestión u obtención de un interés particular o en favor de terceros, porque la celebración de este convenio partió de criterios objetivos, sustentados en las metas del Plan de Desarrollo Departamental de Cundinamarca “Unidos podemos más”, que involucraba a la población joven de algunos municipios. La Sala no encuentra admisible el argumento de los apelantes, según el cual, el congresista convocado obtuvo un mayor número de votos en esas zonas por esa labor, como consecuencia del convenio, cuya ejecución, en realidad, se enmarcó en la misión de la ACPP y en el objeto social de Corpovisionarios. En todo caso, no obra en el expediente prueba alguna que acredite la desigualdad entre los candidatos y la forma en que el congresista sacó provecho de esta situación.

187. Respecto del interés en favor de un tercero, es necesario reiterar que el señor Mockus Sivickas no ejerció como representante legal para la suscripción del contrato. No hay prueba en el expediente, que permita a la Sala concluir que el convenio suscrito por el director ejecutivo de la corporación representó para el congresista un interés que lo beneficiara personalmente. La pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad individual, que no puede fundamentarse en inferencias subjetivas e infundadas, cuya premisa única sea el comportamiento de un tercero.

⁹⁵ Testimonios de los señores Henry Samuel Murraín Knudson, John Alexander Criollo Vargas y Hermógenes López Poveda (folios 219 a 222 y 1 CD del cuaderno 2 principal)

188. Respecto del **segundo elemento, referente a la ausencia de cualquier vínculo del señor Mockus con la ACP**, la Sala encuentra que debe analizarse el rol del convocado en la celebración del convenio, puesto que, los apelantes sostuvieron que el eje central de la firma del acuerdo fue la participación del señor Mockus Sivickas en los talleres. No obstante, este argumento pierde sustento, porque de manera expresa el documento de estudios previos y el convenio suscrito establecieron diversas obligaciones específicas a cargo de la corporación, que no restringieron la implementación del convenio al desarrollo de los talleres ofrecidos en el departamento. En el convenio, en efecto, se pactaron nueve obligaciones, que iban desde entrevistas hasta la recopilación de información para realizar estudios.

189. En todo caso, ni en el documento de estudios previos, ni en el cuerpo del convenio, se vislumbra que dichos talleres deberían celebrarse exclusivamente por el señor Mockus Sivickas. No existía una obligación *intuitu personae* entre el congresista acusado y la entidad pública, que supusiera que él hubiera aceptado su vinculación durante la negociación, sino que, a simple vista, se puede observar que la obligación la adquirió Corpovisionarios, y consistía en desarrollar dos talleres con un objetivo específico, pero sin la indicación de la persona que debía liderarlos. Esto tiene sustento probatorio, en los testimonios que señalan el acta de cumplimiento del convenio.⁹⁶

190. Siguiendo con el análisis probatorio, el 14 de noviembre de 2017, se expidió la póliza de seguro de cumplimiento⁹⁷ del Decreto 1082 de 2015, a nombre de Corpovisionarios, que fue suscrita por el señor Murraín Knudson. Este acto jurídico acredita que el señor Mockus Sivickas no estaba al frente de la celebración del convenio, y que no actuó por intermedio de un tercero, pues el director ejecutivo actuó a nombre de la corporación. De ahí que, el comportamiento empleado por el señor Murraín Knudson no vincule la responsabilidad personal del congresista, sino de la entidad sin ánimo de lucro, que es la persona jurídica que representaba.

191. Respecto del **tercer elemento, relacionado con suscripción del acta de inicio del convenio y la solicitud de suspensión y prórroga**, la Sala encuentra que, el 16 de noviembre de 2017, se elaboró el acta de inicio del convenio⁹⁸, en la que se dejó constancia que la fecha de inicio era el 16 de noviembre de 2017 y que su finalización tendría lugar el 22 de diciembre de 2017. El acta fue suscrita por el señor Murraín Knudson y el supervisor del contrato John Alexander Criollo Vargas. Este es un elemento probatorio adicional, que reafirma que quien estuvo a cargo de todos los trámites concomitantes a la celebración fue el señor Murraín Knudson. La exclusiva actuación del señor Murraín en la celebración del contrato también quedó confirmada en las declaraciones y testimonios de los funcionarios de la ACP⁹⁹.

⁹⁶ Testimonios de los señores Henry Samuel Murraín Knudson, John Alexander Criollo Vargas y Hermógenes López Poveda (folios 219 a 222 y 1 CD del cuaderno 2 principal)

⁹⁷ Folios 135 a 142 del cuaderno anexo 1.

⁹⁸ Folios 119 a 120 del cuaderno anexo 1.

⁹⁹ Testimonios de los señores Henry Samuel Murraín Knudson, John Alexander Criollo Vargas y Hermógenes López Poveda (folios 219 a 222 y 1 CD del cuaderno 2 principal).

192. Posteriormente, el 13 de diciembre de 2017, el señor Murraín Knudson presentó solicitud¹⁰⁰ de suspensión y prórroga del convenio ante el Comité de Seguimiento:

"El suscrito, actuando en calidad de Representante Legal de la CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA, entidad sin ánimo de lucro asociada con la AGENCIA DE CUNDINAMARCA PARA LA PAZ Y EL POSCONFLICTO en el convenio de la referencia, mediante el presente escrito, me permito solicitar LA SUSPENSIÓN, REACTIVACIÓN Y PRÓRROGA DEL CONVENIO, por las siguientes razones:

1. Dado que el proyecto, pretende indagar con ciudadanos de los municipios objeto del estudio, sobre temas inherentes a la convivencia en el día a día y a las formas de generación de paz en medio de esta, se hace necesario contar con información proveniente de personas que sean residentes habituales de cada uno de los municipios del estudio, lo cual se ve afectado por la temporada decembrina y las vacaciones de inicio de año, ya que estos municipios presentan un alto flujo de población flotante, dentro de la cual se pueden encontrar no solo turistas, sino personas oriundas del municipio pero, no considerados residentes habituales.

(...)

En atención a las anteriores consideraciones, me permito solicitar:

PRIMERA. Suspender la ejecución del Convenio No. 000010/2017 a partir del 20 de diciembre de 2017 hasta el 11 de enero de 2018. Una vez cumplido el anterior plazo, su ejecución se reiniciará automática a partir del día hábil siguiente sin que medie documento por escrito.

SEGUNDA: Posterior al levantamiento de la suspensión, prorrogar el plazo de ejecución del Convenio No. 000010/2017 por un (1) y quince (15) días contados a partir del día hábil siguiente de su reinicio, fijando como nueva fecha de terminación el 28 de febrero de 2018.

Si la presente solicitud es aprobada, Corpovisionarios estará presto a suscribir el respectivo Otrosí Modificatorio, junto con la ampliación de las respectivas pólizas de amparo del contrato."

193. Este documento¹⁰¹ demuestra que el señor Murraín Knudson, como representante legal de la corporación, solicitó la prórroga del convenio con base en criterios objetivos y metodológicos que tenían relación estrecha con las obligaciones principales del acuerdo. No se puede deducir que la solicitud de prórroga por determinaciones metodológicas de una investigación hubiera tenido una finalidad política, puesto que, para llegar a tal grado de certeza sería necesario tener pruebas directas que demostraran un comportamiento reprochable. Y de ser así, tendría que estar acreditada la razón por la que dicho comportamiento sería imputable al convocado.

194. El 22 de diciembre de 2017, el gerente general de la ACPP y el director ejecutivo de Corpovisionarios firmaron la prórroga acordada, ambos en calidad de representantes legales de sus entidades.

195. Por otra parte, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre la participación del señor Mockus Sivickas durante la ejecución o liquidación del contrato, a diferencia de lo que ocurre con el señor Murraín Knudson, quien recibió diversos pagos por concepto de honorarios¹⁰² durante la implementación del proyecto.

196. Conforme con la valoración probatoria, no se encuentra acreditada la celebración de contratos ante entidades públicas por parte del señor Mockus Sivickas. El convocado no participó de forma directa, ni indirecta en la celebración, ni en la ejecución del convenio de asociación objeto de análisis.

¹⁰⁰ Folios 148 a 149 del cuaderno anexo 1.

¹⁰¹ Folios 155 a 158 del cuaderno anexo 1.

¹⁰² Folios 199 y 272 del cuaderno anexo 1.

197. Respecto del Convenio de Asociación 10 de 9 noviembre de 2017, la Sala concluye que no se encuentra acreditado que el señor Mockus Sivickas haya participado de manera activa, real, concreta, trascendente y útil en las gestiones o tratativas que buscaron la celebración de ese negocio jurídico, ni que lo haya hecho en su formalización efectiva. No está acreditado que en este contexto, el convocado haya gestionado intereses particulares por medio del señor Murraín Knudson, quien asumió todas las diligencias precontractuales y contractuales a nombre de la corporación y en su beneficio exclusivo.

2.4.2.2 Convenio de Asociación 556 de 10 noviembre de 2017

198. Respecto de la **gestión de negocios**, la Sala encuentra 3 momentos relevantes en el proceso de tratativas del Convenio. Pese a que en esta negociación hubo acercamientos entre la Corporación y la UAESP, ellos tuvieron lugar antes de que iniciara el período inhabilitante, por lo que no tienen relevancia en este juicio de pérdida de investidura.

199. La primera fase que se apreciará en esta sede, inició con la solicitud que hizo la subdirección de aprovechamiento de la UAESP a la subdirección de asuntos legales, para hacer un proceso de invitación pública. En esta etapa todas las actuaciones acreditadas fueron realizadas por el personal de la UAESP (1). Aunque se tuvo en cuenta un documento en cuya construcción, esa entidad valoró una cotización presentada por Corpovisionarios, no se acreditó la fecha en que esto ocurrió, ni si ella fue suscrita por el convocado. Posteriormente el señor Murraín Knudson presentó propuesta a nombre de la Corporación (2), que fue calificada mediante informes técnicos y jurídicos de evaluación de la UAESP, y mediante un certificado de idoneidad, en que la entidad valoró positivamente la experiencia y trayectoria de la persona jurídica (3).

200. En todas estas etapas (invitación, propuesta y calificación) resultó acreditado que el señor Mockus Sivickas no participó de manera activa, real, concreta, trascendente y útil en las gestiones de negociación del convenio.

201. Respecto al **primer momento, relacionado con la solicitud e invitación pública**, en el expediente obra el Acta 53 de 25 de julio de 2017¹⁰³ del Consejo Directivo de Corpovisionarios, firmada por los señores Mockus Sivickas y Murraín Knudson, en la cual se dejó constancia del informe que hizo el director ejecutivo sobre el estado de los acercamientos con la UAESP (se transcribe):

*"6. CULTURA CIUDADANA EN BOGOTÁ ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS
(...)*

Para este punto del orden del día toma la palabra el Director Ejecutivo, para informar al Consejo acerca de la situación de la cultura ciudadana en Bogotá. En referencia con el estado actual se destaca la terminación de los tres contratos que fueron objeto de amplia disertación en la reunión anterior, con los mejores resultados.

Frentes a las perspectivas, se informa que en la actualidad se han hecho acercamientos con la UAESP y la Secretaría Distrital de Hábitat para proyectos en el segundo semestre.

*(...)
7. FINALIZACIÓN*

¹⁰³ Folio 568 del cuaderno 4 principal

Siendo las 12:10 a.m. y habiendo agotado los puntos del orden del día, se levanta la sesión por parte del Presidente."

202. De este documento se puedan extraer las siguientes consideraciones: primero, las tratativas precontractuales comenzaron antes del periodo inhabilitante; segundo, Murraín Knudson en ejercicio de sus funciones como director ejecutivo le informó al Consejo Directivo sobre los acercamientos realizados con la UAESP; y, tercero, el documento no indicó los nombres de las personas que se encontraban a cargo de ese tipo de acercamientos.

203. No se encuentra acreditado que el señor Mockus Sivickas hubiera realizado aproximaciones con la UAESP. Por el contrario, se resalta el rol activo del director ejecutivo Murraín Knudson, quien conocía de forma directa de todas las operaciones relacionadas con las negociaciones de este convenio. El hecho de haber presidido una reunión del Consejo Directivo por fuera del periodo inhabilitante, no acredita ninguno de los componentes de la causal de inhabilidad.

204. Como consecuencia, el 8 de noviembre de 2017, la subdirectora de aprovechamiento de la UAESP profirió memorando¹⁰⁴, en el que solicitó la colaboración de la subdirección de asuntos legales para dar inicio al proceso de invitación pública del convenio de asociación, cuyo objeto era aunar esfuerzos entre los asociados para el fortalecimiento de la cultura ciudadana en el distrito capital de Bogotá en el manejo adecuado de los residuos y la separación en la fuente.

205. En el expediente que se trasladó del proceso ante el Consejo Nacional Electoral, la Sala encuentra que, junto con la solicitud de invitación pública para el proceso del convenio de asociación, la Subdirectora de Aprovechamiento de la UAESP anexó los soportes para los estudios previos¹⁰⁵. El documento de estudios previos, fue suscrito por la subdirectora de aprovechamiento y la directora general de la UAESP (se transcribe):

"1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE LA ENTIDAD PRETENDE SATISFACER CON EL CONVENIO

(...)

Es indispensable el fortalecimiento de la cultura ciudadana a fin de lograr el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos y la separación en la fuente de la ciudad de Bogotá (...)

(...) para la realización de este proyecto la UAESP se encuentra interesada en celebrar un convenio con una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad experta en temas de cultura ciudadana, que a su vez, esté interesada en apoyar al Distrito Capital UAESP para impulsar, sin lucro para ella, el programa y las actividades de interés público aquí señaladas e incorporadas en el Plan Distrital de Desarrollo "Bogotá Mejor para Todos.

(...)

4. ANALISIS QUE SOPORTA EL VALOR ESTIMADO DEL CONVENIO

4.1 ESTUDIO DE SECTOR

(...) Se requiere contar con el apoyo y asocio de una entidad sin animo de lucro de reconocida idoneidad, que le interese aportar y apoyar a la UAESP en el fortalecimiento de la cultura ciudadana en el Distrito Capital de Bogotá que logre el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos y la separación en la fuente en la ciudad.

(...) Se verificará una experiencia mínima de 8 años en la ejecución de proyectos de cultura ciudadana, de los cuales 5 años deberán corresponder a contratos ejecutados dentro del Distrito Capital // La experiencia

¹⁰⁴ Folio 1 del cuaderno anexo 13.

¹⁰⁵ Folios 2 a 13 del cuaderno anexo 13.

debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados por la entidad privada sin ánimo de lucro similares o afines al objeto del convenio.

(...)

En la medida que la entidad es reconocida en ese tema particular, cuenta con la experiencia suficiente para implementar con su metodología el cambio de comportamiento social lo cual garantiza cumplir con el objetivo que se propone alcanzar con el objeto del convenio.

Se ha identificado en la ciudad de Bogotá la existencia de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad a nivel nacional e internacional y de experiencia certificada en temas de cultura ciudadana que logran cambio de comportamientos positivos alrededor de las temáticas que se quieren tratar y que adicionalmente han manifestado su interés en apoyar la política pública de cultura ciudadana de separación en la fuente incluida dentro del Plan de Desarrollo Distrital

(...) Corpovisionarios es un centro de pensamiento y acción que desde 2000 investiga y asesora entidades públicas y privadas y diseña e implementa acciones para lograr el cambio voluntario de comportamientos individuales y colectivos relevantes para la convivencia. Desde un enfoque de Cultura Ciudadana busca el mejoramiento de la gestión pública y privada y promueven la participación ciudadana. Sus acciones se caracterizan por centrarse en la des-naturalización de creencias como forma de promover la agencia individual y la acción colectiva de cara a la transformación de la cultura vivida en el tránsito hacia la cultura deseada. Corpovisionarios procura que los procesos de cambio sean medibles y para ello dan central importancia a la caracterización y monitoreo de indicadores que permitan mejorar la gestión pública y privada y a su vez, establecer el impacto de los proyectos.

(...)

Teniendo en cuenta que Corpovisionarios ha manifestado que su aporte se enmarca en apoyar con su idoneidad y su saber hacer la política de cultura ciudadana para separación en la fuente, así como su renuncia a recibir utilidad alguna por la ejecución de las actividades que requiera adelantar para este efecto, se deberá aplicar lo definido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, con el fin de establecer si existen otras entidades sin ánimo de lucro que tengan la idoneidad y experiencia de estas temáticas.

4.1.1 ESTUDIO DE MERCADO

Corpovisionarios presentó a la UAESP una cotización de las actividades a desarrollar y el valor de las mismas (...)

(...)

Teniendo en cuenta que no se logró identificar otra entidad sin ánimo de lucro con la suficiente experiencia e idoneidad que pudiera apoyar al Distrito Capital en la realización de este cambio cultural para hacer comparativo integral de todo el proyecto, se tuvo en cuenta el ítem representativo para ser cotizado a encuestadoras especializadas a fin de analizar el valor del mercado.

(...)

Se observa que la propuesta de Corpovisionarios esta dentro de los precios de mercado (...)

206. En concordancia, se encuentra probado que, el convenio de asociación tuvo como fundamento principal la materialización de uno los propósitos del Plan de Desarrollo Distrital de Bogotá. Como consecuencia, la UAESP realizó un proceso de selección que fundó en el Plan de Desarrollo Distrital, y para el que adoptó como criterios la idoneidad y la experiencia del contratista.

207. En ese documento consta que Corpovisionarios participó en las etapas previas del convenio por medio de una cotización preliminar, en la que se propuso el desarrollo de algunas actividades y el valor de estas. Sin embargo, no hay mención de la fecha en que se presentó esa cotización ni a quién la suscribió. La Sala no está habilitada para deducir, sin más, que esta actuación la adelantó el congresista acusado, pues no existe evidencia alguna que lo demuestre.

208. Por el contrario, el documento de estudios previos fue enfático en establecer que, el convenio de asociación, solo se celebraría con una entidad sin ánimo de lucro que cumpliera con los requisitos de idoneidad y experiencia requeridos para el objeto del acuerdo. Teniendo en cuenta que la UAESP no identificó ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que tuviera esas condiciones, seleccionó a Corpovisionarios, por su trayectoria como persona jurídica. Es necesario resaltar que el documento anterior solo hace mención a Corpovisionarios y no al congresista convocado.

209. El 8 de noviembre de 2017, se expidió la Convocatoria Pública No. UAESP-CCA-01-2017¹⁰⁶, suscrita por la subdirectora administrativa y financiera Martha Janeth Carreño Lizarazo (se transcribe):

"2.3 EXPERIENCIA DE LA ESAL INTERESADA: // Se verificará una experiencia mínima de 8 años en la ejecución de proyectos de cultura ciudadana, de los cuales 5 años deberán corresponder a contratos ejecutados dentro del Distrito Capital.

La experiencia requerida debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados por la entidad privada sin ánimo de lucro similares o afines al objeto del convenio.

(...)

2.5 DOCUMENTOS JURÍDICOS HABILITANTES:

2.5.1. Carta de Presentación de la Propuesta // La carta de presentación debe ser firmada por el representante legal de la persona jurídica, o por poder debidamente conferido para tal efecto con el cumplimiento de los requisitos de Ley (...)

2.5.2. Documentos de Existencia y representación legal // Las personas jurídicas, que presenten propuesta para participar en el presente proceso de selección deberán acreditar su existencia legal mediante los siguientes documentos // Deberá presentar certificado de Existencia y Representación legal, emitido por la Cámara de Comercio de su domicilio (...)

2.5.3. Fotocopia Legible del documento de identidad del Representante Legal

2.5.4. Verificación de antecedentes disciplinarios Procuraduría General de la Nación // Adjuntar la certificación tanto de la persona jurídica como la de su representante legal las cuales no deben registrar sanciones disciplinarias

(...)

*ANEXO No. 1
CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA*

(...)

1. Que ninguna otra persona o entidad, diferentes de las nombradas aquí, tiene participación en esta propuesta o en el convenio que será resultado de este proceso y que, por lo tanto, solamente los firmantes están vinculados a dicha propuesta (...)"

(...)

6. Que el (los) abajo firmante(s), obrando en nombre y representación del proponente manifiesto(amos) incondicionalmente a firmar y ejecutar el convenio, en los términos y condiciones previstos en la invitación pública."

210. La convocatoria pública reiteró que la experiencia del contratista era el presupuesto principal para la adjudicación del convenio en cuestión, por lo que, estableció unos rigurosos requisitos de verificación. Adicionalmente, indicó que la carta de propuesta debía estar firmada por el representante legal de la entidad o por un apoderado debidamente establecido, pues solo los firmantes de dicho documento tendrían la calidad de participantes en la propuesta y el convenio.

211. Respecto del **segundo elemento relacionado con la propuesta**, en el expediente se encuentra el certificado de 9 de noviembre de 2017 del Secop II¹⁰⁷, en el cual consta que Corpovisionarios presentó propuesta¹⁰⁸ ante la UAESP. De esta manera, debe verificarse su contenido y la calidad de las personas que la remitieron:

"(...) La presente propuesta también será revisada por el Consejo Directivo de Corpovisionarios.

(...)

Etapas de formulación (1 mes) // Esta etapa se enfoca en el diseño del proyecto para asegurar una planeación adecuada de la implementación operativa e iniciar la caracterización del proyecto.

(...)

CRONOGRAMA DE TRABAJO // Sesión 1 de transferencia metodológica en el enfoque de cultura ciudadana: dinamizada por Antanas Mockus, Henry Murraín Y Giancarlo Chiappe // 23 de enero de 2017 (AM)".

¹⁰⁶ Folios 19 a 31 cuaderno anexo 13.

¹⁰⁷ Folio 32 del cuaderno anexo 13.

¹⁰⁸ Folios 139 a 146 del cuaderno anexo 11.

212. Habida cuenta que, el señor Murraín Knudson suscribió y allegó la oferta a la UAESP, no puede afirmarse que el señor Mockus Sivickas participó de la confección o remisión de esta.

213. Tampoco obra en el expediente prueba alguna que demuestre que, la propuesta de trabajo fue revisada de manera efectiva por el Consejo Directivo, toda vez que, las Actas 54 de 5 de octubre de 2017¹⁰⁹ y 55 de 15 de diciembre de 2017¹¹⁰ no contemplan ninguna revisión, sino que, solo hay referencias relacionadas con la existencia del proyecto y su ejecución.

214. De nuevo, el convocado fue mencionado en la propuesta del convenio como parte de un posible equipo a cargo de algunos roles en la etapa de ejecución. Esta inclusión de su nombre en la oferta no acredita que el señor Mockus haya participado activamente en la gestión del negocio o que haya impulsado de manera seria y concreta las negociaciones. Nada de esto puede inferirse del documento transcrito. La Sala encuentra que tampoco hay prueba que acredite la participación efectiva del congresista convocado durante la fase de ejecución. Son insuficientes las referencias que la propuesta trae sobre los reconocimientos al señor Mockus Sivickas, principalmente, porque el documento estuvo orientado a resaltar la trayectoria de Corpovisionarios y el trabajo desarrollado por cada uno de sus colaboradores en el marco de la ejecución de otros proyectos de cultura ciudadana, que fueron valorados por la entidad contratante para seleccionar al contratista.

215. Respecto del **tercer momento, relacionado con la calificación de la propuesta**, la UAESP realizó el informe de evaluación jurídica¹¹¹, en el que estableció que la oferta había sido presentada y suscrita por el señor Murraín Knudson como representante legal de la corporación. Adicionalmente, este documento indicó que, se había adjuntado el certificado de existencia y representación legal, la Resolución 3 de 2014, a través de la cual se delegó la facultad de contratar y el RUT, entre otros soportes.

216. Posteriormente, la UAESP elaboró el informe de evaluación técnico definitivo¹¹², en el que acreditó la experiencia de Corpovisionarios en la ejecución de proyectos, la correspondencia entre el objeto social y el programa a desarrollar, su capacidad financiera y su estructura organizacional. Este análisis tuvo como fundamento, los contratos ejecutados por la entidad sin ánimo de lucro, no la experiencia o calidad personal del señor Mockus.

217. Obra en el expediente el certificado de idoneidad¹¹³ de Corpovisionarios, de 10 de noviembre de noviembre de 2017, expedido por la subdirectora de aprovechamiento de la UAESP, en el que se indicó:

¹⁰⁹ Folio 573 del cuaderno 4 principal.

¹¹⁰ Folio 575 del cuaderno 4 principal.

¹¹¹ Folios 33 del cuaderno anexo 13.

¹¹² Folios 34 a 40 del cuaderno anexo 13.

¹¹³ Folios 50 y 51 del cuaderno anexo 13.

“Se ha identificado que CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA es entidad privada en el Distrito Capital que confiere:

- *Un rol central a los factores culturales como variables que explican, moldean y son base de la existencia, la posibilidad de cambio de practicas y comportamientos que afectan la vida y el bienestar colectivo.*
- *Integra los avances de las perspectivas institucionales, culturalistas y comportamentales para entender, explicar y evaluar la asimetría existente entre las normas formales (leyes), las normas morales y las normas sociales, con el fin de encontrar los puntos neurálgicos en los cuales radican las oportunidades y retos para el cambio.*
- *A través de diseños de investigación mixta (metodologías cualitativas y cuantitativas) logran identificar creencias, actitudes y percepciones que influyen en el comportamiento de los individuos, así como los mecanismos que afectan las expectativas y comportamientos sociales.*
- *Cuenta con evidencia, experiencia y aprendizajes que permiten contribuir a identificar que sirve y que no en materia de cambio cultural; y como logarlo en procesos de aprendizaje compartido.*

Por otro lado, la Corporación es una entidad a nivel distrital lleva más de 10 años consolidado el enfoque de Cultura Ciudadana, a nivel teórico, metodológico y práctico, guiada por su fundador y presidente Antanas Mockus, así como por el aprendizaje alcanzado en más de doscientos proyectos implementados. Ha efectuado proyectos de investigación e intervención para el cambio cultural, a través de estrategias, proyectos y lineamientos de políticas públicas con más de sesenta gobiernos locales y nacionales; así como un importante número de organizaciones privadas en Colombia y todo el continente americano. A nivel organizacional ha implementado acciones de cambio de comportamientos, responsabilidad social y ejercicios de planeación con varias de las organizaciones públicas y privadas más grandes del país, en especial en el Distrito Capital de Bogotá.

(...) se requiere el proceso metodológico de Corpovisionarios consistente que, a partir de numero de variables, es suficientes para una adecuada evaluación de Cultura Ciudadana en la separación en la fuente de residuos sólidos, en el entorno urbano y, en consecuencia, la misma sea una fuente valiosa de recomendaciones para la acción.

Con base en las siguientes certificaciones ha acreditado contar con experiencia similar para desarrollar el objeto del contrato (...)”

218. De este certificado se desprenden tres consideraciones, en primer lugar, Corpovisionarios ha construido una metodología particular en la ejecución de proyectos relacionados con la cultura ciudadana; en segundo lugar, la experiencia alcanzada por la corporación se encuentra sustentada en la implementación de más de doscientos proyectos; en tercer lugar, la entidad sin ánimo de lucro acreditó su experiencia en temas similares, por medio de los 10 contratos que son referenciados en certificado anterior.

219. En ese sentido, la valoración de esta prueba no puede ser aislada y descontextualizada, porque al leer este documento en su integridad resulta evidente que Corpovisionarios tiene una amplia trayectoria en la ejecución de proyectos de cultura ciudadana, que ha formado y consolidado una metodología diferencial.

220. De conformidad con la valoración probatoria anterior, no resulta acreditada la gestión de negocios por parte del señor Mockus Sivickas. Los documentos examinados demuestran que todas las tratativas fueron adelantadas por el señor Murraín Knudson, quien puso en conocimiento de la UAESP su calidad de representante legal y sus facultades para contratar.

221. Las menciones en el certificado de idoneidad no acreditan que el señor Mockus haya desplegado un comportamiento activo y serio para incidir sobre las negociaciones preliminares del convenio. Tampoco está probada la existencia de una relación entre el director ejecutivo y el presidente de la corporación con el objetivo de celebrar el convenio. En definitiva, el congresista convocado no ha participado de forma directa o indirecta de los acercamientos entre las partes contratantes.

222. Por las razones expuestas, la Sala encuentra que el señor Mockus Sivickas no participó de manera activa, real, concreta, trascendente y útil en las diligencias precontractuales de este negocio jurídico. Al contrario, resultó acreditado que el señor Murraín Knudson adelantó todas las gestiones que terminaron en la celebración efectiva del convenio.

223. Respecto del elemento conductual de la **celebración de contratos**¹¹⁴, la Sala identifica cuatro elementos de análisis que la llevan a concluir que el convocado no participó de ninguna manera en esta actuación. Está probado que el señor Murraín Knudson suscribió el contrato con la UAESP a nombre de Corpovisionarios (1), que firmó su póliza de cumplimiento y garantía (2), y que hizo lo mismo con el acta de inicio del convenio (3). Adicionalmente, fue el mismo Murraín el que suscribió y gestionó la solicitud de prórroga (4). La Sala encuentra probado que él, como director ejecutivo de la Corporación y en ejercicio de las funciones que le correspondían, celebró el convenio a nombre de esa persona jurídica y en su exclusivo beneficio. No hay prueba, si quiera indirecta, que ponga en duda que el señor Murraín gestionó los intereses de la Corporación. Nada indica, en cambio, que el señor Mockus Sivickas haya satisfecho o agenciado intereses particulares por medio suyo.

224. Respecto del **primer elemento, relacionado con la suscripción del convenio** hay prueba de esta en el expediente, por lo que la Sala considera necesario analizar su contenido y la calidad declarada de los firmantes (se transcribe):

*“Entre los suscritos a saber, **MARTHA JANETH CARREÑO LIZARAZO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.556.668, en su **condición de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos**, cargo para el cual fue nombrada mediante Resolución 010 de enero seis (6) de 2016 del cual tomó posesión mediante el Acta de Posesión No. 05 de enero (6) de 2016, obrando en nombre y representación de la Unidad Administrativa ESPECIAL DE Servicios Públicos de Bogotá D.C, con base en las atribuciones otorgadas mediante Resolución No. 056 de enero 28 de 2016 y Resolución No. 178 de 2016 expedida por la Dirección General de la UAESP y estando debidamente facultada para la celebración del presente convenio de asociación, de conformidad con las normas establecidas en Decreto 092 de 2017 y demás disposiciones concordantes, quien para efectos del presente convenio se denominará la **UNIDAD** y de otra parte, **CORPORACIÓN VISIOANRIOS POR COLOMBIA**, identificada con NIT No. 830093146-6, la cual se encuentra representada legalmente por **HENRY SAMUEL MURRAÍN KNUDSON**, identificado con cédula No. 79.691.992, quien se denominará el **ASOCIADO**, hemos convenido suscribir el presente convenio de asociación (...)*

(...)

CUARTA VALOR- *El valor del convenio se estima en SEISCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTISIETE PESOS (\$671.943. 127.00) M/CTE, incluido los impuestos de ley a que haya lugar que conlleven la celebración y ejecución total del convenio”*
(Se destaca)

225. Este documento prueba que, el señor Murraín Knudson suscribió el convenio de asociación como representante legal de Corpovisionarios y actuando en nombre de la corporación. También, se encuentra demostrado que, la UAESP tenía conocimiento de la calidad de la persona con la que firmaba el contrato, de conformidad con el certificado de existencia y la Resolución 3 de 2014. Las partes comprendían con claridad que la celebración del convenio se realizaba entre representantes legales.

¹¹⁴ Folios 43 a 49 del cuaderno anexo 13.

226. La Sala encuentra que el señor Mockus Sivickas no suscribió el convenio de asociación de manera directa, ni por interpuesta persona. El documento que contiene el convenio de asociación demuestra de manera contundente y suficiente que el señor Murraín Knudson representaba a Corpovisionarios y que actuaba movido por los intereses de esa entidad sin ánimo de lucro.

227. En todo caso, en el expediente no obra prueba alguna que demuestre la existencia de una representación indirecta ejercida por director ejecutivo para gestionar el interés personal del convocado. En cambio, sí existen documentos que acreditan que la actividad contractual de la corporación estaba en cabeza del señor Murraín Knudson.

228. Respecto del **segundo elemento, relacionado con la póliza de cumplimiento**, la Sala encuentra que El 17 de noviembre de 2017, Corpovisionarios envió la póliza de cumplimiento estatal No. 54818¹¹⁵ y la garantía de la póliza No. 54818, ambas fueron suscritas por el señor Murraín Knudson en nombre de la corporación. Esto demuestra que las actuaciones desplegadas para poner en marcha el inicio del convenio estuvieron a cargo del director ejecutivo y no del presidente, quien de conformidad con los estatutos sociales delegó la representación legal para contratar y otros asuntos.

229. En igual sentido, el **tercer elemento, relacionado con el acta de inicio del convenio** fue firmado el 17 de noviembre de 2017, por la supervisora del contrato y el representante legal de Corpovisionarios, en este caso, el señor Murraín Knudson. Posteriormente, el 6 de diciembre de 2017, Corpovisionarios allegó una comunicación¹¹⁶ en la que dejaba constancia de los documentos asociados al primer desembolso, entre ellos, el primer entregable técnico, la copia de la cedula del representante legal y el certificado de existencia y representación legal.

230. Sobre la propuesta de ese primer entregable, se debe destacar que se proyectó como parte del equipo de trabajo el señor Mockus Sivickas en su calidad de presidente. No obstante, esa mención no tiene la entidad de demostrar la intervención en la celebración de contratos, puesto que, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que, se requiere de un comportamiento activo, útil y trascendente encaminado a la celebración del negocio jurídico.

231. Asimismo, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre la participación del señor Mockus Sivickas durante la ejecución o liquidación del contrato, a diferencia de lo que ocurre con el señor Murraín Knudson, quien recibió diversos pagos por concepto de honorarios¹¹⁷ durante la implementación del proyecto.

232. La Sala encuentra probado que el señor Mockus Sivickas no incurrió en la celebración de contratos ante entidades por sí mismo, ni por interpuesta persona. El único que desarrolló los actos inherentes a la actividad contractual fue el señor Murraín Knudson, que actuó bajo el convencimiento de que ejercía funciones en

¹¹⁵ Folios 56 a 60 del cuaderno anexo 13.

¹¹⁶ Folio 64 del cuaderno anexo 13.

¹¹⁷ Folios 219, 220 y 309 del cuaderno anexo 2.

calidad de representante legal, de conformidad con los actos de delegación de la presidencia.

233. Respecto del **cuarto elemento**, el 10 de mayo de 2018, el señor Murraín Knudson presentó la **solicitud de prórroga**¹¹⁸ del convenio ante la entidad. Esta prórroga¹¹⁹ fue suscrita por las partes contratantes, el 16 de mayo de 2018, situación que resalta el rol activo del director ejecutivo como representante legal de la corporación.

234. En conclusión, a pesar de que durante el período inhabilitante, el congresista hubiera mantenido la condición de Presidente de Corpovisionarios y en consecuencia la de representante legal, no se acreditó que hubiera participado de manera activa, real, trascendente y útil en la gestión o celebración de los negocios jurídicos cuestionados. Al contrario, resultó acreditado que otra persona ejerció de manera activa y determinante las diligencias de acercamiento con las entidades públicas contratantes y que cerró esa etapa de tratativas comerciales con la suscripción de los convenios a nombre de Corpovisionarios.

2.4.3 Valoración del elemento subjetivo

235. Respecto del elemento subjetivo de la causal, la Sala aclara que, dado que no se acreditó ninguna conducta del congresista que pudiera coincidir con los verbos rectores del comportamiento reprochado, en principio no sería necesario entrar a estudiar la culpabilidad en los términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018¹²⁰. No obstante, la Sala analizará este componente de manera concisa para descartar de forma contundente cualquier reproche sancionatorio sobre las conductas cuestionadas.

236. El elemento de culpabilidad ha sido un tema de constante evolución en la jurisprudencia del Consejo de Estado. La Corporación ha consolidado su definición y contenido¹²¹ y ha establecido los criterios para su estudio¹²². Enseguida la Sala estudiará si el convocado (1) estaba en condiciones de comprender que las circunstancias configuraban el verbo rector de la causal, (2) si le era exigible otro comportamiento, (3) si atendió las normas jurídicas, y (4) si en el caso concreto la sanción es necesaria para cumplir sus finalidades constitucionales.

237. La Sala encuentra que en la situación específica de este caso, (1) **el convocado no podía comprender que su condición podría configurar el verbo rector de la causal**, el señor Mockus Sivickas no podía comprender que, aunque ya se hubiera desprendido de todas las competencias contractuales y no hubiera realizado o incidido en ninguna actuación relacionada con ellas, conservar

¹¹⁸ Folios 90 a 92 del cuaderno anexo 13.

¹¹⁹ Folios 96 a 97 del cuaderno anexo 13.

¹²⁰ Ley 1881 de 2018. "Art. 1. *El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución. // Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política (...)*"

¹²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 14 Especial de Decisión, Sentencia de 14 de junio de 2019, Radicado 2018-02615-00 (acumulado).

¹²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 20 de febrero de 2019, Radicado 2018-03883-00(PI)

nominalmente la calidad de representante legal de Corpovisionarios era lo mismo que gestionar o celebrar contratos.

238. La imposibilidad de que el convocado pudiera entender sus circunstancias en esos términos, deriva del propio texto de la Constitución, que prevé la inhabilidad para quienes gestionen o celebren contratos con entidades públicas, y para quienes sean representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

239. Los dos primeros supuestos fueron diseñados por el constituyente con verbos específicos que remiten a actuaciones concretas: gestionar y celebrar contratos (directa e indirectamente). La Sala encuentra que el señor Mockus Sivickas no tenía razones para equiparar esos verbos a la mera calidad jurídica de representante legal, que además fue conscientemente vaciada de contenidos contractuales por el propio convocado en ejercicio de sus potestades estatutarias. El convocado no podía interpretar que su conducta podía configurar la causal que se alegó en este proceso.

240. La naturaleza jurídica y el objeto de Corpovisionarios por otra parte, necesariamente excluyen toda posibilidad de que cualquier conducta del convocado se enmarcara en el último supuesto del artículo 179.3 constitucional. Corpovisionarios, en efecto, no es una entidad encargada de la administración de tributos y contribuciones parafiscales, por lo que, mantener la nuda condición de representante legal de la Corporación, no generaba en el convocado convicción o siquiera sospecha de que estaba incurso en esa inhabilidad.

241. La Sala entiende que, de otra parte, al convocado (2) **no se le podía exigir otro comportamiento**. El Señor Mockus Sivickas tenía la convicción plena y sincera de que su conducta estaba enmarcada en las normas que la regían. Él actuó observando los estatutos creados por el máximo órgano de Corpovisionarios, cuya legalidad fue presumida por él, los demás órganos corporativos y los terceros contratantes, a tal punto que, durante muchos años el director ejecutivo negoció y suscribió numerosos contratos con entidades públicas y privadas. .

242. No es suficiente que el congresista convocado ponga de presente la convicción que tenía sobre la rectitud de su conducta, por lo que el juez de la pérdida de investidura debe analizar si esa apreciación era superable o no. La Sala encuentra que la consciencia que el Senador tenía sobre la legalidad de sus conductas, estaba fundada en elementos constatables que impiden al juez exigirle razonablemente otro comportamiento.

243. De una parte las disposiciones de los estatutos de Corpovisionarios preveían la figura jurídica que utilizó el señor Mockus para deshacerse de todas sus competencias contractuales. De otra parte, el señor Murraín Knudson ejerció de manera exclusiva las funciones de gestión y celebración de contratos que se le delegaron, en el ámbito de los convenios cuestionados. Y, por último, las diferentes entidades contratantes entendieron que el señor Murraín actuaba en

representación exclusiva de la Corporación en la negociación y celebración de los diferentes negocios jurídicos. En consecuencia, el señor Mockus Sivickas tenía la certeza, fundamentada en hechos verificables¹²³, de que se había desprendido de toda competencia relacionada con la causal de inhabilidad del artículo 179.3 constitucional.

244. El convocado entendía que su conducta había sido suficiente para liberarse de toda función contractual. Esa convicción se instaló también en los órganos corporativos, y en las entidades públicas contratantes. Para todos, de manera clara y expresa¹²⁴, fue el director ejecutivo -y no el Senador-, quien representó a la Corporación en las negociaciones, la celebración y la ejecución de los contratos.

245. La solidez de esas circunstancias, que superaba su fuero interno, persuadió firmemente al señor Mockus de la legalidad de su conducta. Esa misma condición impide a la Sala, como juez de la pérdida de investidura, exigirle al convocado, con base en argumentos razonables y proporcionados constitucionalmente, otro comportamiento diferente.

246. La Sala, por otro lado, encuentra que (3) **el convocado atendió las normas jurídicas** que son objeto de la competencia del juez de la pérdida de investidura. El señor Mockus Sivickas, en atención a lo dispuesto el artículo 179.3 constitucional, se desprendió de las competencias contractuales que tenía a su cargo, se abstuvo de ejercer cualquiera de ellas, se apartó de toda negociación, ni asumió ningún comportamiento activo, transcendente, útil o serio respecto de la gestión o celebración de los convenios analizados, por lo que la Sala encuentra acreditado que el convocado atendió las normas que pueden valorarse en esta sede.

247. En todo caso, aunque la Sala encuentra acreditado que el convocado atendió las normas jurídicas, en gracia de discusión anota que no tenía un único referente de interpretación de la causal al que debía ceñirse. Esto se debe a las posiciones encontradas que resolvieron un caso¹²⁵, cuyos hechos son diferentes al del señor Mockus Sivickas, pero que guarda cierta similitud con él. En sede de nulidad electoral la Sección Quinta¹²⁶ conoció de fondo sobre la discusión que giraba en torno a la representación legal y sus consecuencias, y estableció que la condición de representante legal podía entenderse como elemento relevante para la configuración de la inhabilidad. La Sala Plena, en cambio, en sede de pérdida de investidura, sostuvo la regla de competencia que se recogió en este fallo,

¹²³ Folios 6 a 10 del cuaderno 1 anexo; Folios 667, 668 y 671 del cuaderno 4 principal y el acta de diligencia de ampliación de la versión libre del señor Mockus Sivickas ante el Consejo Nacional Electoral (folios 713 a 715 del cuaderno 9 anexo). Sobre el alcance de la versión libre, es necesario señalar que es un derecho del investigado que puede hacer valer hasta antes de que se adopte una decisión de fondo. Por esta razón, es un mecanismo idóneo por el cual la autoridad sancionadora le permite al investigado presentar su visión sobre los acontecimientos por los cuales se realiza una investigación, a tal punto que, no se requiere de la asistencia de un abogado. De ahí que, su carácter libre, voluntario y espontáneo impidan equiparar ese derecho con una confesión o declaración, y aún más, cuando no se encuentra sometido a la formalidad de juramento. El contenido de la versión libre solo puede valorarse por el juez en el marco de un análisis integral de las pruebas que obran en el expediente. Este criterio permite a la Sala utilizar el dicho del convocado en su versión libre, como corroboración de lo que resulta acreditado en las pruebas documentales y testimoniales.

¹²⁴ Convenio de Asociación 10 de la ACPP de 9 de noviembre de 2017 (folios 81 a 101 del Cuaderno 1 Principal) y Convenio de Asociación 566 de 10 de noviembre de 2017 (folios 43 a 49 del Cuaderno Anexo 13)

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00 (PI)

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Radicado 2006-00045-00 (3979-3986).

según la cual, no está habilitada para resolver las vicisitudes de la representación legal, ni para derivar de ellas consecuencias respecto de la configuración de la causal del artículo 179.3 constitucional. En consecuencia, según esta última posición, el juez de la pérdida de investidura sólo debe valorar las conductas probadas del convocado, al margen de los problemas referentes a la representación legal de la persona jurídica y a la existencia, validez, eficacia y oponibilidad de sus negocios jurídicos.

248. Esta confrontación hermenéutica respecto del alcance y sentido de la causal debe servir a la Sala para confirmar que el convocado actuó según una de las interpretaciones vigentes de la norma, que además, es la que debe preferir el juez de la pérdida de investidura según el principio de interpretación de favorabilidad o *pro homine*¹²⁷, que lo obliga a elegir la lectura menos restrictiva de los derechos fundamentales, a la hora de aplicar una sanción.

249. Finalmente, (4) **la sanción de pérdida de investidura, en el caso concreto, no es necesaria para garantizar sus fines Constitucionales**¹²⁸.

250. Como se manifestó en líneas anteriores, una de las finalidades de la causal de inhabilidad alegada es la preservación de la igualdad entre aspirantes en la contienda electoral. La sanción de pérdida de investidura sería necesaria, si la restricción a los derechos políticos del convocado resultara inevitable para lograr su finalidad constitucional.

251. La valoración de la necesidad de la sanción se rige por las lógicas propias del juicio de proporcionalidad¹²⁹, técnica consolidada en el derecho constitucional colombiano. De esta manera, es imperioso traer a colación los elementos esenciales del test de proporcionalidad, que está compuesto por: a) un examen de idoneidad o adecuación de la medida, que tiene por objetivo determinar si la sanción es lo suficientemente apropiada para lograr el fin que se persigue; b) un examen de necesidad de la sanción, que hace referencia a que el juez de la pérdida de investidura debe valorar si su imposición en el escenario fáctico y jurídico específico, es indispensable e insustituible, y es la menos restrictiva de todas las disponibles, para obtener los propósitos constitucionales¹³⁰; y, c) el test de proporcionalidad en sentido estricto, que permite evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la sanción, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, es desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior.

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2006.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 20 de febrero de 2019, Radicado 2018-03883-00 (IP).

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-424-2016, “La gravedad de la sanción que se impone en el proceso de pérdida de investidura, exige que éste se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad –las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía-, objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.”

¹³⁰ Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto de la finalidad constitucional, debe elegirse el que sea menos lesivo respecto del derecho afectado. Si existe una medida que intervenga en menor medida y que sea igualmente idónea para alcanzar la finalidad constitucional, debe preferirse esa.

252. Bajo los criterios anteriores, se puede afirmar que la pérdida de investidura como sanción de carácter judicial amparada en el texto constitucional, es una medida adecuada para reprochar el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de congresista, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; la indebida destinación de dineros públicos; el conflicto de intereses y el tráfico de influencias debidamente comprobado, cuando se estructuran los supuestos facticos de la causal invocada.

253. Por otra parte, como el test de necesidad es un elemento fundamental del juicio de proporcionalidad¹³¹ de las sanciones, que garantiza la racionalidad y legitimidad de las decisiones judiciales. En este caso, la Sala encuentra que la limitación a los derechos políticos del convocado no es indispensable para la obtención de la finalidad constitucional perseguida, debido a que, la igualdad entre los participantes en la contienda electoral no se puso en riesgo con las conductas del señor Mockus Sivickas, que no configuraron las causales constitucionales de inhabilidad.

254. En consecuencia, como en el caso bajo estudio, no es necesaria la sanción de pérdida de investidura, no resulta procedente la valoración del test de proporcionalidad en sentido estricto.

255. Así las cosas, como no se acreditó el elemento objetivo de la causal, y pese a que se hizo un análisis del elemento subjetivo, tampoco se encontró demostrado ningún comportamiento doloso o culposo en los términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, no se declarará la pérdida de la investidura del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

3. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 19 de febrero de 2019, proferida por la Sala 1 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, que denegó las solicitudes

¹³¹Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2007 y Ci C-799 de 2003, en las que la Corte Constitucional determina que la proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. Y que es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.

acumuladas de pérdida de investidura del senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

SEGUNDO: COMUNICAR esta sentencia a la Mesa Directiva del Senado de la República y al Secretario General de esa corporación, para su conocimiento y fines pertinentes.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, archivar el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
OÑATE

ROCÍO ARAÚJO

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
CARVAJAL BASTO

STELLA JEANNETTE

MILTON CHAVES GARCÍA
LÓPEZ

OSWALDO GIRALDO

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ
HERNÁNDEZ GÓMEZ

WILLIAM

ALBERTO MONTAÑA PLATA
RUBIO

CARLOS ENRIQUE MORENO

**RAMIRO PAZOS GUERRERO
CUÉTER**

CARMELO PERDOMO

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
RAMÍREZ**

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
SERRATO VALDÉS**

ROBERTO AUGUSTO

(Ausente con excusa)

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

SALVAMENTO DE VOTO - Por considerar acreditados elementos objetivo y subjetivo

[C]onsidero que tanto el elemento objetivo como subjetivo en este asunto, sí se encuentran acreditados. Según se tiene, las causales de vulneración del régimen de inhabilidades por: i) intervención en gestión de negocios ante entidades públicas y, ii) celebración de contratos estatales en interés propio o de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la elección, no se configuraron en este caso por cuanto, según se afirma en la sentencia de primera instancia, confirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el demandado en virtud de lo previsto en los estatutos de Corpovisionarios delegó en el director ejecutivo, la facultad para celebrar contratos en cuantía inferior o igual a 1.400 smmlmv, por lo tanto se desprendió de la citada función, de modo que el director ejecutivo no actuó en representación del presidente, sino directamente en nombre de la entidad sin ánimo de lucro. (...) [E]n mi opinión es diáfano que: i) el hacía parte de la administración de Corpovisionarios y, ii) Corpovisionarios tomó la decisión (a través de sus órganos de administración de los cuales hacía parte el demandado)

de suscribir los convenios dentro del periodo inhabilitante, situación de la cual conocía perfectamente del demandado, sin que advirtiera tal escenario o tratara de conjurarlo. Es claro entonces que el demandado conocía cabalmente de la gestión de negocios que adelantaba Corpovisionarios ante la UAESP y la ACP, pues él como miembro del Consejo Directivo conoció de primera mano los convenios que se suscribirían con dichas entidades. El hecho de que el congresista acusado no haya suscrito los referidos convenios, no desvirtúa su gestión ante las entidades en comento, pues su nombre fue clave para la firma de estos acuerdos

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01(PI)

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, debo señalar que no comparto la decisión contenida en la sentencia del ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se confirmó la providencia de primera instancia del 19 de febrero de 2019, por la cual la Sala Primera Especial de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, denegó las pretensiones de la demanda.

Según se tiene, la Sala concluyó, entre otras cosas que, pese a que durante el periodo inhabilitante el congresista mantuvo la condición de presidente de Corpovisionarios y en consecuencia la de representante legal, no se acreditó que hubiera participado de manera activa, real, trascendente y útil en la gestión o celebración de los negocios jurídicos cuestionados. Al contrario, resultó acreditado que otra persona ejerció de manera activa y determinante las diligencias de acercamiento con las entidades públicas contratantes y que cerró esa etapa de tratativas con la suscripción de los convenios a nombre de Corpovisionarios.

No obstante, se indicó que, aun cuando no se acreditó ninguna conducta del congresista que pudiera coincidir con los verbos rectores del comportamiento reprochado, en principio no sería necesario entrar a estudiar la culpabilidad en los términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Con todo, se advirtió que se

analizaría este componente de manera concisa para descartar de forma contundente cualquier reproche sancionatorio sobre las conductas cuestionadas.

Sobre el particular, debo señalar que, resulta contradictorio afirmar que objetivamente la conducta reprochada no se configuró, para luego realizar un juicio de culpabilidad sobre las gestiones y demás acciones desplegadas por el congresista demandado, para concluir que, aun cuando se tipificara la conducta de manera objetiva, no se encontraba acreditado el elemento subjetivo en mención, en tanto que: i) el convocado no podía comprender que su condición podría configurar el verbo rector de la causal y ii) no se le podía exigir otro comportamiento, en tanto que el señor Mockus Sivickas tenía la convicción plena y sincera de que su conducta estaba enmarcada en las normas que la regían.

Estas conclusiones sugieren, en mi criterio, que sí hubo un comportamiento reprochable por parte del congresista y que, a pesar de ello, no podría endilgarse la sanción que envuelve la pérdida de investidura, en tanto que el senador acusado tenía la convicción de estar actuando en el marco de las normas aplicables.

De manera que, la decisión resulta confusa en ese sentido pues, si no se acreditó objetivamente la causal de pérdida de investidura, no había lugar a realizar el análisis subjetivo de la culpabilidad.

En todo caso, más allá de esta imprecisión que termina por justificar la conducta del congresista acusado, considero que tanto el elemento objetivo como subjetivo en este asunto, sí se encuentran acreditados.

Según se tiene, las causales de vulneración del régimen de inhabilidades por: i) intervención en gestión de negocios ante entidades públicas y, ii) celebración de contratos estatales en interés propio o de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la elección, no se configuraron en este caso por cuanto, según se afirma en la sentencia de primera instancia, confirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el demandado en virtud de lo previsto en los estatutos de Corpovisionarios delegó en el director ejecutivo, la facultad para celebrar contratos en cuantía inferior o igual a 1.400 smlmv, por lo tanto se desprendió de la citada función, de modo que el director ejecutivo no actuó en representación del presidente, sino directamente en nombre de la entidad sin ánimo de lucro.

A mi juicio, de las pruebas aportadas al proceso, analizadas en su conjunto, se acredita que la Corporación Visionarios por Colombia -dentro del periodo de la inhabilidad del demandado, esto es, 11 de septiembre de 2017 a 11 de marzo de 2018- intervino en la gestión de negocios -actividades precontractuales- y celebró un contrato estatal con la entidad pública UAESP, actuaciones jurídicas imputables al demandado, no solo por la calidad de representante legal de aquella, sino porque conocía, por lo menos desde el 15 de julio de 2017, fecha en que se celebró la reunión del Consejo Directivo que se plasmó en el acta No. 53 de 2017, de las gestiones precontractuales que Corpovisionarios adelantaba con la UAESP y porque la propuesta presentada después por esa Corporación, se

hace expresa alusión a la participación del demandado, la cual fue conocida y avalada por éste a través del Consejo Directivo tal y como en dicha acta se indicó.

Asimismo, la imagen del congresista fue decisiva en la suscripción de los convenios, en tanto que él sí constituyó un “plus” en las propuestas efectuadas para llevar a cabo los convenios de asociación, tanto así que se le fijaron intervenciones, viáticos y talleres en la ejecución de tales convenios.

Sin embargo, la Sala concluye que *“la inclusión del nombre de Mockus en la oferta no acredita que el señor Mockus haya participado activamente en la gestión del negocio o que haya impulsado de manera seria y concreta las negociaciones”* sin tener en consideración que la mención del congresista demandado se realizó con el propósito de que fuera el coordinador del proyecto en su ejecución.

En tales condiciones, en mi opinión es diáfano que: i) el hacía parte de la administración de Corpovisionarios y, ii) Corpovisionarios tomó la decisión (a través de sus órganos de administración de los cuales hacía parte el demandado) de suscribir los convenios dentro del periodo inhabilitante, situación de la cual conocía perfectamente del demandado, sin que advirtiera tal escenario o tratara de conjurarlo.

Es claro entonces que el demandado conocía cabalmente de la gestión de negocios que adelantaba Corpovisionarios ante la UAESP y la ACP, pues él como miembro del Consejo Directivo conoció de primera mano los convenios que se suscribirían con dichas entidades.

El hecho de que el congresista acusado no haya suscrito los referidos convenios, no desvirtúa su gestión ante las entidades en comento, pues su nombre fue clave para la firma de estos acuerdos. Además, si él estaría presente en la ejecución de los mismos, resulta apenas lógico que estuviera enterado de su gestión y aprobara su inclusión en las proposiciones que efectuó Corpovisionarios a las entidades involucradas. De lo contrario, sería tanto como afirmar que el director ejecutivo de la Corporación incluyó su nombre en los convenios suscritos a sus espaldas.

Así las cosas, ante el conocimiento de las tratativas de estos acuerdos de Corpovisionarios, el senador demandado, en consideración a la experiencia que ostenta y su nutrida trayectoria política, debía conocer las consecuencias que la gestión de este tipo de negocios comportaba; luego, su actuar sí fue negligente y puede deducirse que su conducta e infracción al régimen de inhabilidades se configuró al menos de manera culposa, comprobándose así el elemento subjetivo requerido en este juicio sancionatorio.

Ahora bien, en lo relativo a los efectos jurídicos, que por virtud del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 se derivan de la sentencia del 11 de abril de 2019 de la Sección Quinta, que declaró la nulidad de la elección del senador Mockus, se precisa que mediante fallo de tutela del 2 de julio de 2019, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, se ordenó dejar sin efectos dicha providencia y abstenerse de

dictar una decisión hasta tanto no fueran resueltos los recursos de apelación contra la decisión de primera instancia del proceso de pérdida de investidura.

En ese sentido, el proyecto se limita únicamente a lo expuesto en la acción de tutela, sin analizar en este caso el presupuesto procesal del *non bis in ídem*, en los casos en que se tramite de manera concomitante una pérdida de investidura y una nulidad electoral por la misma causal, como ocurrió en este caso.

En efecto, la postura adoptada por la Sección Quinta en la referida sentencia, con fundamento en la cual se declaró la nulidad de la elección del senador Antanas Mockus, se aclaró que, pese a que ya se había dictado sentencia de primera instancia en el proceso de pérdida investidura, era necesario que la decisión se encontrara ejecutoriada para hacer tránsito a cosa juzgada, luego, no había lugar a dejar sin efectos la decisión de la Sala Electoral, la cual generó efectos de cosa juzgada respecto del elemento objetivo de la conducta reprochada.

De modo que, el análisis que se efectúa por la Sala Plena desconoce la tesis que había sido expuesta de manera objetiva por la Sección Quinta y es que, sí se configuró la causal por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en tanto que, siendo representante legal de Corpovisionarios, dicha corporación suscribió varios convenios con entidades públicas, dentro de los 6 meses anteriores a la elección del Congreso, acuerdos que fueron gestionados por el propio congresista.

En los anteriores términos dejo expuesto el salvamento de mi voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO – Admitir que el representante legal de una sociedad delegue la celebración de contratos en periodo inhabilitante torna inocua inhabilidad del artículo 179 de la Constitución Política

[A]dmitir que el representante legal de una sociedad, empresa o entidad sin ánimo de lucro, pueda delegar la celebración de contratos dentro del período inhabilitante, para luego participar en un certamen electoral, sin que se altere la sustancialidad de la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la carta, no solo es burlar la teleología de la norma, cual es, garantizar la igualdad de los candidatos contendientes en un proceso eleccionario, sino despojar de todo efecto útil la mencionada inhabilidad, permitiendo en lo sucesivo celebrar, por interpuesta persona, contratos o convenios con entidades estatales, momento previo a las elecciones, que se suma a las ya de por sí refinadas prácticas o

maniobras que se utilizan para favorecer a los candidatos con el uso de recursos provenientes del erario público, que generan una ventaja indeseable que buscó conjurar la mencionada norma constitucional

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01(PI)

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Con el respeto que se merecen los integrantes de la Sala Plena mayoritaria de esta corporación, en el presente caso, debo apartarme de la sentencia de segunda instancia proferida el 8 de octubre de 2019, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia que negó la pérdida de investidura del ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, como Senador de la República, elegido para el período constitucional 2018-2022, pues, en mi sentir, la causal prevista en el artículo 179 Numeral 3º de la constitución política, sí se configuró de forma objetiva y, además, la conducta del congresista era susceptible de reproche por las particulares circunstancias que rodearon los hechos y quedaron probadas en el proceso. Las razones que sustentan mi disenso son las siguientes:

1.- La causal de inhabilidad que configura la pérdida de investidura, es la contenida en el numeral 3º del artículo 179 de la constitución política, según la cual, no podrán ser congresistas *“quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros (...) dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”*. En el presente caso, se probó que el señor Antanas Mockus, siendo el presidente y representante legal de la Corporación Visionarios por Colombia, CORPOVISIONARIOS, celebró dos (2) convenios de asociación dentro del período inhabilitante, de fechas 9 de noviembre de 2017, con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, y del 10 de noviembre de 2017 con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, es decir, cuatro meses antes de las elecciones (11 de marzo de 2018).

2.- Según se advierte en el plenario, los convenios de asociación fueron suscritos por el señor Henry Samuel Murrain Knudson, en su calidad de director ejecutivo; sin embargo, la representación legal de dicha corporación se mantuvo en cabeza del señor Mockus Sivickas, pues, según quedó acreditado, la Resolución No. 1 del 4 de septiembre de 2006 y la Resolución No. 3 de 10 de octubre de 2014, mediante las cuales se delegó la atribución de suscribir los contratos al director ejecutivo, señor Murrain Knudson, nunca se registraron en la Cámara de Comercio, por lo que en el certificado de existencia y representación figuró siempre el demandado.

3.- Así entonces, la providencia parte del presupuesto de que la titularidad de la representación legal de la corporación CORPOVISIONARIOS, en el presente caso, resulta irrelevante para la configuración de la causal de inhabilidad, como también el hecho de que no se haya registrado el acto de delegación de la representación legal en cabeza del director ejecutivo, ante la Cámara de Comercio, pues, según se lee en el proveído, el registro de estos actos cumplen una función de mera oponibilidad frente a terceros y, si bien, pudieran llegar a afectar la validez de los convenios, este aspecto escapa del juicio de pérdida de investidura. No comparto esta aseveración, pues, estimo que la representación legal sí es un elemento sustancial para la configuración de la causal. En efecto, la Sala Plena mediante sentencia del 26 de agosto de 1994, Expediente AC-1500, que se cita en la providencia, indicó:

“El examen del negocio contractual no puede detenerse en la simple verificación de quienes fueron los firmantes del contrato, o de quienes conforman el ente societario que lo suscribe, sino que debe extenderse a todas las circunstancias que develen la conexión del congresista y quien se dice fue su testaferro para llevar a la verdad que ilustre su decisión”

En otros términos, no basta verificar simplemente quién suscribe el contrato, sino que es necesario analizar de qué manera se dieron las circunstancias, bajo qué figura jurídica y cuáles son los hechos relevantes que rodean la situación bajo examen.

4.- Ahora bien, la “delegación” para adelantar la celebración de los convenios por parte del presidente de CORPOVISIONARIOS, por tratarse de una actuación en el ámbito de los particulares, se inscribe técnicamente en la figura de “la representación”, que según el artículo 832 del Código de Comercio se presenta “cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos” y cuyos efectos están regulados en el Código de Comercio, así:

“Art. 833. EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRESENTACIÓN. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro de los límites de los poderes, producirán directamente efectos en relación con este”.

De manera que si el director ejecutivo celebró los convenios bajo el amparo de una resolución expedida por el presidente de la corporación sin ánimo de lucro, en su condición de representante legal, que lo “delegó” para dicho fin, los efectos jurídicos del mismo vinculan al representado.

5.- De otra parte, en relación con los actos que modifican la representación legal de una persona jurídica, que no han sido inscritos en el correspondiente registro que lleva la Cámara de Comercio, el artículo 164 del Código de Comercio señala que “Las personas inscritas en cámara de comercio del domicilio social, como representante legal de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección”, norma que se aplica perfectamente al caso *subjudice*, dado que este asunto no está regulado para las entidades sin ánimo de lucro que también deben inscribirse en la cámara de comercio. A su turno, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la Sentencia C- 621 de 2003, sobre esta disposición, bajo los siguientes términos:

“Destaca la Corte que las funciones y responsabilidades de los representantes legales y revisores fiscales que figuran inscritos en el registro mercantil se mantienen indefinidamente en el tiempo, hasta tanto no se registre un nuevo nombramiento, incluso si fueren elegidos para un período determinado. (...) De esta manera, la cesación de las aludidas funciones y responsabilidades está sujeta a una condición futura e incierta que es la realización de la referida designación y su posterior registro, actos jurídicos que no dependen de la voluntad de los que figuren inscritos, sino de otros órganos sociales que no tienen un plazo señalado para llevarlos a cabo”

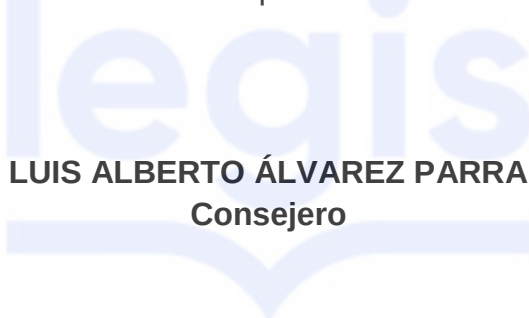
6.- En suma, admitir que el representante legal de una sociedad, empresa o entidad sin ánimo de lucro, pueda delegar la celebración de contratos dentro del período inhabilitante, para luego participar en un certamen electoral, sin que se altere la sustancialidad de la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la carta, no solo es burlar la teleología de la norma, cual es, garantizar la igualdad de los candidatos contendientes en un proceso eleccionario, sino despojar de todo efecto útil la mencionada inhabilidad, permitiendo en lo sucesivo celebrar, por interpuesta persona, contratos o convenios con entidades estatales, momento previo a las elecciones, que se suma a las ya de por sí refinadas prácticas o maniobras que se utilizan para favorecer a los candidatos con el uso de recursos provenientes del erario público, que generan una ventaja indeseable que buscó conjurar la mencionada norma constitucional.

7.- De otro lado, la providencia no tiene en cuenta los amplios y suficientes elementos probatorios que dan cuenta que además de la configuración del elemento objetivo de la causal, se configuró el elemento subjetivo, como por ejemplo que i) la solicitud formulada por la ACPP, para la celebración del convenio del 10 de noviembre de 2017 con CORPOVISIONARIOS, fue dirigida al señor Antanas Mockus, lo que evidencia su concurso en la estructuración de la voluntad para concretar el negocio jurídico; ii) los estudios previos del convenio mencionan la experiencia del congresista, su hoja de vida y el papel de coordinador que tendría sobre la propuesta; iii) en el presupuesto del proyecto se establecieron los transportes y viáticos de encuestadores y dinamizadores y del profesor Mockus; iv) la participación del demandado en una reunión del comité en el cual se aprobó un aporte del 30% por parte de la entidad para la ejecución del convenio con la ACPP, pero que también en la providencia se desestima con el siguiente argumento: *“se encuentra acreditado que el señor Mockus Sivickas presidió la reunión en la que se puso a consideración del Consejo Directivo la firma y el aporte presupuestal del convenio de asociación con la ACPP. Pero, de esta acta no se desprende que la aprobación de la firma del convenio se hubiera dado en dicha reunión, como tampoco que se hubiera adoptado una decisión unánime, tampoco si el congresista acusado ejerció su voto o no, en qué sentido”*, valoración que no resulta a todas luces acertada, pues parte de supuestos negativos para desestimar la prueba. En consecuencia, el demandado sabía de su conducta y pretendió evitarlo, mediante las acciones que se desarrollaron para trasladar la representación legal de la corporación al director ejecutivo, por lo que se configuró el elemento subjetivo, en tanto, estaba en condiciones de comprender su conducta y se le podía exigir otro comportamiento distinto al desplegado en el caso examinado.

8.- Finalmente, no puede pasarse por alto que, en el presente caso, no se atendió el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 según el cual “cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada”. Lo

anterior, en razón a que mediante sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Magistrado Ponente: Alberto Yepes Barreiro, se decretó la nulidad de la elección del referido congresista, que por tratarse de un proceso de única instancia hizo tránsito a cosa juzgada en relación con la configuración objetiva de la causal respecto del proceso de pérdida de investidura que se definió mediante este proveído. Por lo tanto, no podía la Sala Plena desatender este fallo de nulidad electoral, sin vulnerar el mencionado párrafo en tanto debió solamente circunscribirse al análisis del elemento subjetivo, propio del juicio de desinvestidura.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a salvar el voto en la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia.


LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Consejero

ACLARACIÓN DE VOTO / DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN ELECTORAL Y LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM* / ERROR DE DERECHO O DE PROHIBICIÓN COMO UNA CAUSAL EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD EN LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

[E]l ejercicio comparativo entre las dos acciones era imprescindible por dos razones fundamentales: por un lado, para describir lo exigente que es el juicio de tipicidad en la acción de pérdida de investidura, dada la drasticidad de sus consecuencias sancionatorias. Por el otro, por la necesidad de hacer un énfasis mayor en que en el presente caso se juzgó la conducta del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, para saber si su comportamiento se adecuaba no a la inhabilidad contenida en el numeral 3.º del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia, y no el simple ejercicio comparativo de si un acto de elección desconoció una inhabilidad de orden constitucional. (...) [N]ada se dijo acerca de la precisión resaltada líneas atrás en cuanto a que «En todo caso, **la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada** respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal». (...) [E]n la sentencia debió explicarse con mayor detalle el aspecto subjetivo de la conducta con el fin de analizar el concepto de error de derecho o de prohibición como una causal excluyente de la responsabilidad, pertinente en este caso concreto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01(PI)

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

ACLARACIÓN DE VOTO

Las razones de la aclaración de voto respecto de la sentencia del 8 de octubre de 2019, que confirmó la decisión de 19 de febrero del mismo año, proferida por la Sala 1 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, mediante la cual denegó las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, se circunscriben a tres aspectos: i) Diferencias entre la acción electoral y la acción de pérdida de investidura; ii) El principio de *non bis in idem* regulado en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018; y iii) El error de derecho o de prohibición como una causal excluyente de la responsabilidad en la acción de pérdida de investidura.

1. Diferencias entre la acción electoral y la acción de pérdida de investidura.

Pese a estar de acuerdo con la decisión adoptada, respetuosamente considero que en la argumentación de la providencia debieron plantearse las necesarias diferencias entre la acción electoral y la acción de pérdida de investidura, toda vez que el juicio de legalidad entre una y otra acción son completamente diferentes.

En efecto, en la sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

[...] Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la de la Corte Constitucional, han analizado la posibilidad de que se presenten ambos procesos de forma paralela y sobre el particular, han concluido que la acción electoral y la pérdida de investidura, pueden promoverse en contra de la misma persona **y con fundamento en la misma causal de inhabilidad, porque se trata de juicios autónomos e independientes.**

[...]

Lo anterior ocurre en razón a que, a pesar de que se refieran a una misma persona, se funden en los mismos hechos y tengan igualdad de causa; **la pérdida de la investidura implica una sanción por conductas asumidas por la persona** del Congresista que lo priva de esa condición, **mientras que el juicio electoral pretende definir si la elección es legítima o si**, por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, **son ilegítimas.** [...]

[Negrillas fuera de texto]

Más adelante, en ese pronunciamiento, la Corte Constitucional, con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, efectuó otras consideraciones complementarias:

[...] Posteriormente, en sentencia del 21 de abril de 2009¹³², al estudiar un caso de pérdida de investidura, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **negó que existiera cosa juzgada** en relación con un pronunciamiento sobre la inhabilidad endilgada en un proceso electoral. **La Corporación mencionada determinó que un pronunciamiento previo del juez electoral no impedía que la autoridad judicial que estudiara la pérdida de investidura**, examinara la configuración de la causal de inhabilidad alegada que ya había sido decidida en el proceso electoral.

En aquella ocasión **la Sala advirtió que entre los dos procesos no había identidad de objeto, porque en la nulidad electoral se cuestiona la legalidad del acto** por medio del cual se declara la elección. De otra parte, **el proceso de pérdida de investidura consiste en despojar de forma permanente a la persona de su investidura, a título de sanción, por la realización de una conducta reprochable**, y sus efectos son de carácter disciplinario, en cuanto apareja la inhabilidad permanente de que trata el numeral 4 del artículo 179 de la Constitución Política.

Así, la Sala Plena advirtió que, si bien es posible que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura refieran a una misma persona y versen sobre hechos similares, **ambos procesos difieren en cuanto al objeto**, razón por la cual, de acuerdo con la Constitución y la ley, **es posible que en estos se analice la configuración de la misma causal**.

En consecuencia, a pesar de que la Sección Quinta había **considerado que se configuraba la causal de nulidad alegada y anuló la elección, con fundamento en los mismos hechos y material probatorio**, la Sala Plena **consideró que no se probó y se abstuvo de decretar la pérdida de investidura**.

En el mismo sentido, mediante sentencia del 19 de enero de 2010¹³³, la Sala Plena de esa Corporación estudió una demanda de pérdida de investidura y **determinó que el carácter constitucional y autónomo del proceso de pérdida de investidura permitía valorar la causal de inhabilidad bajo criterios de valoración e interpretación propios**.

[...]

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sostenido una posición similar a la del Consejo de Estado. Así, en las sentencias SU-399 y SU-400 de 2012¹³⁴ este Tribunal estudió las acciones de tutela presentadas por los ex congresistas Martha Lucía Ramírez y Luis Alejandro Pera Albarracín, contra las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado que declararon la nulidad electoral, con fundamento en la configuración de una causal de inhabilidad que posteriormente, en procesos de pérdida de investidura, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, no encontró probadas.

¹³² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00581-00(PI). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de enero de 2010. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00708-00. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y M.P. Adriana María Guillén Arango, respectivamente.

En las sentencias antes citadas se acogió la posición adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, **según la cual las diferencias entre una y otra acción, dadas por el objeto, la finalidad, el trámite que sigue el proceso, el juez natural encargado de definirlas y las consecuencias y efectos especiales, demuestran la independencia y autonomía de la acción electoral en relación con la acción de pérdida de investidura de congresistas.**

En efecto, para esta Sala **es evidente que la única interpretación constitucionalmente válida de la admisibilidad de la coexistencia de los procesos electorales y de pérdida de investidura que se generan con ocasión de la interpretación de la misma inhabilidad, los mismos hechos inhabilitantes y la misma persona elegida, es la de admitir la autonomía de los reproches y la independencia sustancial de los procesos judiciales que la generan.** Lo contrario, esto es, admitir que los dos procesos juzgan la misma adecuación de la causal, el mismo grado de reproche social por la conducta y el mismo grado de culpa en el resultado, **implicaría el desconocimiento del derecho al debido proceso y los principios de *non bis in ídem* y cosa juzgada.**

[Negrillas fuera de texto].

En ese orden de ideas y difiriendo el análisis sobre el principio de *non bis in ídem* en el siguiente numeral, el ejercicio comparativo entre las dos acciones era imprescindible por dos razones fundamentales: por un lado, para describir lo exigente que es el juicio de tipicidad en la acción de pérdida de investidura, dada la drasticidad de sus consecuencias sancionatorias.

Por el otro, por la necesidad de hacer un énfasis mayor en que en el presente caso se juzgó la conducta del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, para saber si su comportamiento se adecuaba no a la inhabilidad contenida en el numeral 3.º del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia, y no el simple ejercicio comparativo de si un acto de elección desconoció una inhabilidad de orden constitucional.

El aspecto central de la decisión (párrafos números 197¹³⁵ y 234¹³⁶ de la decisión) se fundamentó en que el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas no participó de manera activa, real, trascendente y útil en la gestión o celebración de los negocios jurídicos cuestionados. Al respecto, tal conclusión es cierta, pero era necesario puntualizar que el alcance de dicha afirmación solo podía tener lugar para los efectos de considerar la procedencia o no de la acción de pérdida de

¹³⁵ «Respecto del Convenio de Asociación 10 de 9 noviembre de 2017, la Sala concluye que no se encuentra acreditado que el señor Mockus Sivickas haya participado de manera activa, real, concreta, trascendente y útil en las gestiones o tratativas que buscaron la celebración de ese negocio jurídico, ni que lo haya hecho en su formalización efectiva. No está acreditado que en este contexto, el convocado haya gestionado intereses particulares por medio del señor Murraín Knudson, quien asumió todas las diligencias precontractuales y contractuales a nombre de la corporación y en su beneficio exclusivo».

¹³⁶ «En conclusión, a pesar de que durante el período inhabilitante, el congresista hubiera mantenido la condición de Presidente de Corpovisionarios y en consecuencia la de representante legal, no se acreditó que hubiera participado de manera activa, real, trascendente y útil en la gestión o celebración de los negocios jurídicos cuestionados. Al contrario, resultó acreditado que otra persona ejerció de manera activa y determinante las diligencias de acercamiento con las entidades públicas contratantes y que cerró esa etapa de tratativas comerciales con la suscripción de los convenios a nombre de Corpovisionarios».

investidura, cuya responsabilidad es excepcional, en tanto que su juzgamiento parte de la conducta ejercida por el congresista demandado.

Obsérvese cómo el concepto de «gestión de negocios ante entidades públicas», descripción de la inhabilidad contenida en el numeral 3.º del artículo 179 superior, puede tener, para los efectos de la acción de pérdida de investidura, una dimensión o alcance, diferentes, a aquella requerida en un proceso electoral, pues aquí se exige que esa intervención sea «activa, real, trascendente y útil».

En la acción electoral, dado su análisis eminentemente objetivo, a partir de la sola comparación, no de una conducta del sujeto, sino de un acto de elección con la inhabilidad contenida en la respectiva norma, se podría llegar a una conclusión totalmente diferente.

Así lo consideró la Corte Constitucional, primeramente, en la mencionada sentencia SU-424 de 2016, en donde destacó la posibilidad de que una misma inhabilidad pudiera a ser comprendida de dos formas distintas, según se trate de la acción de pérdida de investidura o de la acción electoral:

[...] el concepto de identidad de circunscripción en la cual deba darse la respectiva elección como hecho inhabilitante del artículo 179 Superior, **la Sección Quinta del Consejo de Estado interpreta la norma de una manera, para efectos del proceso electoral** (no existe coincidencia entre las circunscripciones departamental y municipal para efectos de evaluar la inhabilidad para ser elegido representante a la Cámara), **mientras que la Sala Plena del Consejo de Estado, en los procesos de pérdida de investidura, la interpreta de otra forma** (sí existe coincidencia entre las circunscripciones departamental y municipal para efectos de evaluar la inhabilidad para ser elegido representante a la Cámara). Pues bien, la **autonomía de los procesos electorales y de pérdida de investidura** permitiría inferir que, a pesar de que los dos juicios analizan la misma norma y valoran situaciones fácticas similares, **es posible que los jueces lleguen a conclusiones distintas** [...]

[Negrillas fuera de texto]

No obstante, en un apartado posterior, y aun reconociendo la «aparente fortaleza» de dicha tesis, la Corte no estuvo de acuerdo con ella, en virtud de los principios de igualdad y seguridad jurídica, pues estos exigían a los jueces la misma consecuencia jurídica cuando interpretan la misma norma y los mismos hechos aplicables al caso.

Con todo y eso, la alta corporación precisó de manera categórica lo siguiente:

[...]de ahí que la Sección Quinta y la Sala Plena del Consejo de Estado **podrían diferir en la valoración de la prueba** pero no en el entendimiento de la misma inhabilidad que interpretan, de tal forma que en los dos procesos (electoral y de pérdida de investidura), la interpretación de la causal que los origina **debe ser necesariamente coincidente, a menos que se justifique con razones suficientes la separación del precedente**. [...]

[Negrillas fuera de texto].

Lo anterior salvedad, justificada en un parámetro de valoración diferente de la prueba o de eventuales razones suficientes y poderosas, haría que la acción electoral no dependiera necesariamente de las conclusiones del proceso de acción de pérdida de investidura, puesto que, se repite, este último parte de juzgar una conducta con el fin de concluir si esta se encuadra o no en una inhabilidad constitucional o legal, mientras que en la acción de nulidad electoral se examina el solo acto de elección comparándolo con la respectiva norma que contenga el hecho inhabilitante.

Pese a lo dicho, pareciera que el tema aquí expuesto tuviera una solución a partir de lo preceptuado en el párrafo del artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018, al haberse contemplado en dicha norma el principio de *non bis in ídem*. Sin embargo, ello no es así por las razones que se expondrán a continuación.

2. El principio de *non bis in ídem* regulado en el párrafo del artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018.

El párrafo del artículo 1 de Ley 1881 de 2018 dispuso lo siguiente:

PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, **el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada** sobre el otro proceso **en todos los aspectos juzgados**, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. **En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura** hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal. [Negrillas fuera de texto].

El primer segmento normativo resaltado indicaría que todo aquello que sea juzgado en el primer fallo debe considerarse como cosa juzgada, y, en esa medida, en el segundo proceso no podría reabrirse el debate por los aspectos objetivos de la respectiva conducta.

Una interpretación en este sentido coincide con la ponencia para el primer debate en Cámara de Representantes del respectivo proyecto de ley¹³⁷:

[...] ¿Qué hacer con el análisis de responsabilidad subjetiva propio de la pérdida de investidura y ausente en la acción de nulidad electoral? Como se ha observado, el juicio de nulidad electoral, cuando la causal es la de hallarse inhabilitado el candidato, es meramente objetivo, pues solo verifica la transgresión del ordenamiento a partir de la configuración de un hecho, que de considerarse demostrado conlleva a la nulidad del acto de elección.

¹³⁷ Gaceta del Congreso de la República n.º 478 del martes, 13 de junio de 2017. Informe de ponencia para primer debate en Cámara al proyecto de Ley número 263 de 2017.

El proceso de pérdida de investidura se compone de un elemento objetivo, que es el mismo conocido por la nulidad electoral (verificación de la inhabilidad) y uno subjetivo, que tiene que ver con el análisis de culpabilidad de la conducta desplegada por el congresista. Entonces, ese elemento objetivo que comparten uno y otro proceso debe ser uniforme en ambos, por razones de seguridad jurídica, igualdad, confianza jurídica y de justicia material. Es necesario, pues, que frente al mismo hecho la decisión sea la misma.

A partir de este razonamiento, ante la presentación simultánea de las dos acciones por la causal de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se pueden presentar las siguientes situaciones:

a) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la nulidad de la elección, porque el candidato se encontraba inhabilitado. En este evento, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con toda la configuración del hecho y su competencia se limita al análisis de responsabilidad subjetiva o culpabilidad del congresista, para determinar si actuó con dolo o culpa, o si en su conducta concurrió una causal que exima su responsabilidad.

b) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la validez de la elección, porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este escenario, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la no configuración del hecho y declararla de oficio. En estas circunstancias no se realiza un juicio subjetivo de conducta, porque ya está juzgado que la inhabilidad no existía.

c) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y sea declarada, porque el candidato se encontraba inhabilitado y su conducta fue dolosa o culposa. En este evento, el juez de la nulidad electoral debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y, por tanto, debe estarse a lo resuelto y proceder a la declaratoria de nulidad del acto electoral.

d) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y no sea declarada porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral deberá declarar la cosa juzgada y estarse a lo resuelto en la acción de pérdida de investidura.

e) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y se declare probado el hecho de la inhabilidad, pero se absuelva al congresista por considerar que no actuó con culpa o dolo o estaba amparado por una circunstancia eximente como la buena fe exente de culpa. En este caso, el juez de la nulidad electoral también está atado por la cosa juzgada y debe proceder a declarar la nulidad del acto de elección. [...]

[Negritas fuera de texto].

No obstante, nada se dijo acerca de la precisión resaltada líneas atrás en cuanto a que «En todo caso, **la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada** respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».

En efecto, el aparte normativo mencionado quiso circunscribir la procedencia de la cosa juzgada a cuando (i) el primer proceso sea el de la pérdida de investidura y (ii) que en dicho proceso efectivamente se «decrete». En otras palabras, la norma

dejó por fuera la posibilidad de que en ese proceso no se declare la pérdida de investidura, esto es, en aquel evento en que no se acceda a dicha solicitud.

En consecuencia, las consideraciones plasmadas en el informe de ponencia en la Cámara de Representantes fueron acertadas, excepto en el caso referido en literal d), esto es, a la hipótesis en la que «se decida primero el proceso de pérdida de investidura **y no sea declarada** porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral **deberá declarar la cosa juzgada** y estarse a lo resuelto en la acción de pérdida de investidura». [Negrillas fuera de texto].

La expresión «y no sea declarada» es diametralmente opuesta al mismo texto legal que fue aprobado, cuya exigencia radica en que precisamente se decrete la pérdida de investidura para poder pregonar una cosa juzgada en un segundo y eventual proceso de nulidad electoral.

Si la anterior interpretación no fuera correcta, se correría el riesgo de que en el proceso de nulidad electoral no pudieran analizarse otras razones fácticas o jurídicas, aun relacionadas con la misma causal esgrimida, por lo cual el legislador fue lo suficientemente claro para que la cosa juzgada en el proceso de pérdida de investidura respecto de la acción de nulidad electoral solo lo sea cuando aquella se decrete. Esta consideración, además de haber quedado estipulada en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, es coherente con una disposición similar contenida en el artículo 189 del CPACA, norma que regula los efectos de una sentencia:

ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. **La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la causa *petendi* juzgada.** Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

[...]

[Negrillas fuera de texto]

La causa *petendi* es un requisito sustancial para estimar configurada la cosa juzgada y ella está relacionada con la «identidad de causa», la cual versa sobre los hechos que sustentan las pretensiones de los procesos estudiados¹³⁸.

Ahora bien, conforme a la explicación de la Corte Constitucional, «la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o

¹³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Auto del 9 de octubre de 2019. Radicación número: 25000-23-36-000-2016-02341-01(62061). Actor: Luis Fernando Castellanos Nieto. Demandado: Superintendencia de Notariado y Registro y otros. Referencia: Acción de reparación directa.

hechos como sustento»¹³⁹. No obstante, «cuando además de los mismos hechos, **la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos**, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada **para proceder a fallar sobre la nueva causa**»¹⁴⁰. [Negrillas fuera de texto].

Por tanto, en un proceso electoral la causa *petendi* puede estar soportada en diferentes razonamientos jurídicos y probatorios a aquellos que se presentaron en la acción de pérdida de investidura, atendiendo, por supuesto, su diferente naturaleza y finalidad, por lo que mal se haría en interpretar de forma amplia y contra *legem* una norma que limitó el alcance de la figura de la cosa juzgada cuando el primer proceso decidido sea el de la acción de pérdida de investidura.

Recuérdese que los efectos de la cosa juzgada pueden ser absolutos o relativos, y la consideración de lo uno o lo otro depende precisamente de si la sentencia que resuelve el fondo del asunto accede o no a las pretensiones o solicitudes interpuestas en la demanda o en la acción ejercida, según corresponda. Este criterio ha sido explicado de forma muy clara por esta misma corporación al decir lo siguiente¹⁴¹:

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que frente a las acciones de nulidad de los actos administrativos, que es el tema al que se refiere este concepto, **el legislador establece una regla diferencial según se trate de sentencias declarativas de la nulidad del acto o de sentencias denegatorias** de ella, **pues frente a estas últimas el efecto de cosa juzgada será apenas relativo y operará únicamente “en relación a la causa petendi juzgada”**. Así, el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo señala:

“ARTICULO 175. COSA JUZGADA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” **pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada.**

[...]

Como se observa, **solamente en los casos en que la sentencia declara la nulidad del acto demandado, sus efectos erga omnes son absolutos** y, por sustracción de materia, se hará imposible intentar un nuevo pronunciamiento judicial sobre el acto que ha sido retirado del ordenamiento jurídico; **por el contrario, cuando se trata de sentencias que niegan la nulidad del acto acusado** (como sucedió con la Sentencia del Consejo de Estado de 1992), **los efectos de la cosa juzgada no son absolutos sino relativos**, pues sólo se extienden a la “causa petendi” analizada por el juzgador; [...]

[Negrillas fuera de texto]

¹³⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. 29 de abril de 2008. Radicación n.º 1.878 Número Único: 11001-03-06-000-2008-00009-00.

En vigencia de la Ley 144 de 1994¹⁴² no existía una regulación precisa en cuanto al tema. No obstante, el aludido párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 cambió el anterior paradigma, al crear una interacción del principio de *non bis in idem*, a través de la figura de la cosa juzgada, entre la solicitud pérdida de investidura y la nulidad electoral. En ese sentido, los efectos de la decisión del primer proceso respecto de esta última acción serán absolutos, si es que en definitiva se decreta la pérdida de la investidura, pero por irremediable lógica los efectos deberán considerarse relativos cuando no se acceda a dicha solicitud.

Considero que las anteriores precisiones conceptuales debieron consignarse en la sentencia del 8 de octubre de 2019 por la relevancia, complejidad e incidencia que este análisis tendrá respecto de casos futuros de interacción entre la decisión en clave electoral y el juicio de pérdida de investidura.

3. El error de derecho o de prohibición como una causal excluyente de la responsabilidad en la acción de pérdida de investidura.

Por último, considero que en la sentencia debió explicarse con mayor detalle el aspecto subjetivo de la conducta con el fin de analizar el concepto de error de derecho o de prohibición como una causal excluyente de la responsabilidad, pertinente en este caso concreto.

En efecto, en el texto de la providencia se afirmó que, frente a la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia, podía haber algunas complejidades para que el demandado comprendiera cabalmente el alcance de esta inhabilidad.

Por tanto, era útil que la providencia se hubiese ocupado de algunos temas como los siguientes:

3.1 Teoría del error y sus dos modalidades: error de tipo y error de prohibición.

Debe reconocerse que la materia jurídica que más ha estudiado y abordado la teoría del error es el derecho penal. El error es considerado como la representación equivocada de la realidad, situación en la cual el sujeto cognoscente toma por conocimiento cierto lo que la cosa o el objeto no es.¹⁴³ Esa representación equivocada se puede dar sobre lo que constituye un delito o, en términos más amplios, una infracción. Por ende, sea el delito o la infracción, el error puede versar sobre cualquier elemento de la estructura de la responsabilidad. De esa manera, se habla comúnmente de errores de tipo y

¹⁴² Ley 144 del 13 de julio de 1994, por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas. Esta ley fue derogada por el artículo 24 de la Ley 1881 de 2018.

¹⁴³ Torres Vásquez, Filemon. El Error en el Derecho Penal Colombiano. p. 75

errores de prohibición¹⁴⁴, ya que pueden haber errores en la pura descripción típica (error de tipo) o errores en lo que es permitido conforme al ordenamiento jurídico (error de prohibición).

El error de prohibición es aquel que recae sobre la antijuridicidad de la conducta. Esto es, la no capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento.¹⁴⁵ Pero ello puede suceder por dos posibilidades ampliamente consideradas:

- a) Porque el sujeto no está «al tanto de la prohibición»; o
- b) Porque, conociendo la prohibición, el sujeto juzga que su comportamiento está avalado por una causal de justificación.¹⁴⁶

A la primera posibilidad se la ha considerado error de prohibición directo, mientras que a la segunda se la denominó error de prohibición indirecto.

3.2 Clases del error de prohibición directo.

La hipótesis de que el sujeto no esté «al tanto de la prohibición» puede darse por distintas posibilidades. Es decir, el error de prohibición directo permite considerar la siguiente clasificación¹⁴⁷:

- a) El autor no conoce la materia de prohibición o mandato. Es decir, hay un error sobre la *existencia* de la norma. Por ejemplo, no sabe de la existencia de una inhabilidad.
- b) El autor conoce la norma, pero considera que no está vigente. Es decir, hay un error sobre la *validez* de la norma. *Verbi gratia*, piensa que la norma fue derogada, reformada o declarada inexecutable.
- c) El autor conoce la norma, pero sobre ella tiene una incorrecta interpretación, es decir, hay un error sobre la *aplicación* de la norma. Por ejemplo, piensa que la norma debe entenderse en un determinado sentido, considerando que a su propio caso no le resulta aplicable.

A la tercera posibilidad se le conoce como un error de interpretación o subsunción.¹⁴⁸ Este error se presenta cuando el autor efectúa una interpretación imperfecta o inexacta de su hecho, la cual le lleva a concluir que, con su conducta,

¹⁴⁴ En el derecho disciplinario, dada la complejidad de las descripciones y la posición mayoritaria de que la tipicidad y la ilicitud tienen una estrecha cercanía —lo que se conoce como el ilícito disciplinario—, se ha adoptado la tesis de que existen errores de hecho y de derecho.

¹⁴⁵ Vásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal General. p.831.

¹⁴⁶ Torres Vásquez. Filemon. (Ob. cit.) p. 162.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Velásquez. p. 836 y Torres, p. 166.

no realizara tipo penal alguno¹⁴⁹. En síntesis, que el autor interpreta equivocadamente la norma y la reputa no aplicable.¹⁵⁰

3.3 El error de interpretación o subsunción invencible o vencible. Tratamiento de cara a la responsabilidad.

Como en todas las modalidades de error, cualquiera de ellos puede considerarse invencible o vencible. En el primer caso, el sujeto estaría exento de cualquier responsabilidad, mientras que en los errores vencibles habría una responsabilidad, aunque atenuada.

En este último evento, la forma de responsabilidad atenuada dependerá de la posición dogmática que se adopte, pues, si se considera que el dolo y la culpa son un aspecto de la categoría de la culpabilidad, la responsabilidad será adjudicada por vía de la culpa.

Por su parte, si se adopta una postura similar a las nuevas teorías del derecho penal —en donde el dolo hace parte del tipo y la conciencia de la antijuridicidad, como asunto distinto al dolo, de la culpabilidad—, la responsabilidad solo será disminuida en el quantum de la sanción, pues persistirá el dolo aunque con menos conciencia de la ilicitud del comportamiento.

3.4 Error de interpretación o subsunción invencible, con lo cual se excluye la responsabilidad.

El error de interpretación o subsunción invencible ocurre cuando la incorrecta interpretación es de tal significado que el sujeto no tuvo posibilidades reales y efectivas de actualizar su conocimiento. En dichos casos, el sujeto actúa con la convicción errada e invencible de que actuó conforme a derecho.

La situación más palpable de este tipo de error invencible es descrita por la doctrina penal especializada de la siguiente manera¹⁵¹:

[...] Los errores de subsunción, en opinión de parte de la doctrina, pueden dar lugar, en algunos casos, a errores de prohibición invencibles, como cuando el autor lleva a cabo una conducta **siguiendo el consejo de su asesor jurídico o de alguna jurisprudencia todavía no decantada** [...]. [Negritas fuera de texto].

El significado de una «jurisprudencia no decantada» usualmente cobija, no las posibles lagunas o vacíos que pueda tener una providencia en particular, sino la indefinición de una línea jurisprudencial o, de manera más palpable, la diferencia

¹⁴⁹ Filemon. p. 166.

¹⁵⁰ Velásquez. p. 836

¹⁵¹ ¹⁵¹ Filemon. p. 166.

de posiciones entre las altas Cortes o la divergencia de criterios dentro de la misma corporación encargada de fijar una posición clara al respecto.

En ese orden de ideas, es cierto que, además de que no se demostró la inhabilidad desde el punto de vista objetivo, también existían serios reparos para afirmar que el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas actuó con culpabilidad. No obstante, como el concepto de culpabilidad es un asunto bien complejo y comporta aspectos tanto psicológicos como normativos, una posibilidad más cercana a lo sucedido era considerar que el demandado actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no se configuraba en la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia.

Ello, por supuesto, conforme a lo dicho en el párrafo n.º 235 de la providencia, habría sido la vía «para descartar de forma contundente cualquier reproche sancionatorio». De dicha situación había pruebas en el expediente y, adicional a ello, la divergencia de criterios en los diferentes pronunciamientos de esta corporación, en cuanto a la causal alegada, era una verdad inocultable.

Como un aspecto final, los argumentos de la decisión mayoritaria estuvieron centrados de forma predominante en uno de los verbos rectores de la conducta descrita en el numeral 3.º del artículo 179 superior, esto es, en la «gestión de negocios ante entidades públicas». No obstante, muy poco se dijo acerca de las expresiones «en interés propio, o en el de terceros», ingredientes necesarios para dilucidar a cabalidad el objeto de la prohibición.

En ese sentido, tal precisión era relevante para comprender que una cosa es la participación activa, real, trascendente y útil en la gestión o celebración de cualquier clase de contratos, que por esencia se fundamentan en un interés propio o de un tercero, a la de aquellos acuerdos de voluntades que tienen como finalidad desarrollar programas de interés público.

Los convenios que fueron suscritos entre Corpovisionarios y las entidades estatales tenían como fundamento el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 92 de 2017. La norma constitucional indicada y el artículo 1.º del referido decreto disponen, en su orden, lo siguiente:

ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

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

[Negrillas fuera de texto].

DECRETO 92 DE 2017. ARTÍCULO 1o. OBJETO. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal **contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público** de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

[...]

[Negritas fuera de texto].

Desde mi perspectiva, el «interés público» es un asunto enteramente diferenciable del «interés propio o el de terceros». En tal forma, si esta cuestión podría llegar por sí sola a incidir en la configuración objetiva de la inhabilidad, con mayor razón lo sería para determinar si alguien actuó con culpabilidad, ausente de error, en un caso como el aquí estudiado.

En la decisión, entonces, era relevante clarificar estos aspectos y más cuando uno de dichos convenios tuvo por objeto un tema tan significativo para el país como la reinserción como parte del proceso de paz. Ciertamente, la paz, como un derecho y deber de obligatorio cumplimiento (artículo 22 de la C. P.), distaba mucho del «interés propio o de terceros», asunto medular para comprender el real alcance de la inhabilidad contenida en el texto superior.

Por tanto, la tensión inevitable entre las variantes interés público y general con el interés propio y de terceros debió ser un asunto de mayor preocupación para la Sala, no solo para resolver este caso con la mayor precisión posible, sino para construir los necesarios límites con el fin de evitar abusos e interpretaciones amañadas en casos similares y futuros que lleguen a presentarse.

En estos términos, se expresan las razones de la aclaración de voto presentada.

Fecha *ut supra*,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO – Por haberse configurado el elemento objetivo de la causal

[E]l punto central de la controversia giró en torno al elemento objetivo, pues los mencionados Convenios de Asociación fueron firmados por el Director Ejecutivo de Corpovisionarios, quien invocó la condición de Director Ejecutivo y “Representante Legal” de la entidad sin ánimo de lucro. (...) A partir de tal hecho,

el convocado sostuvo que **no** gestionó ni celebró los referidos contratos, porque para el momento en que ocurrieron los hechos aunque era el Presidente de la Corporación no tenía la calidad de representante legal de la misma, **toda vez que renunció a tal condición por delegación de la misma en el Director Ejecutivo mediante la Resolución N° 1 del 4 de septiembre de 2006.** (...) No obstante, en el expediente se corroboró que el congresista, para el momento en que se gestionaron y celebraron los Convenios de Asociación: **(i)** era el representante legal de Corpovisionarios para todos los efectos legales, lo que incluye la configuración de la causal de inhabilidad del artículo 179.3 superior pues así se acreditó con el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de marzo de 2018 **(ii)** participó en la gestión y en la celebración de los mismos mediante un mandato con representación otorgado al Director Ejecutivo de la persona jurídica, en tanto la representación legal, a la luz de las normas del derecho privado aplicables, es indelegable como atributo personalísimo referido a la capacidad de las personas jurídicas

INSCRIPCIÓN DEL DEMANDADO COMO REPRESENTANTE LEGAL DE SOCIEDAD EN EL MOMENTO EN QUE SE SUSCRIBIERON CONTRATOS CON EL ESTADO – Configura causal inhabilitante

[E]l hecho de que el demandado se encontrara inscrito en el registro mercantil como representante legal de Corpovisionarios para el momento en que se suscribieron los referidos convenios y quien suscribió dichos contratos fuera su mandatario, conlleva a predicar dicha condición para todos los efectos legales, encontrándose esto incluido en la taxatividad de la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política

ELEMENTO SUBJETIVO – Configuración

Antanas Mockus infringió al deber de diligencia que le es exigible –el máximo y no el de cualquier ciudadano-, porque conociendo la inhabilidad omitió dirigir sus actuaciones para asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser elegido Senador. (...) Contrario sensu, en razón de su condición de Representante Legal de Corpovisionarios, intervino en la gestión y en la celebración de los convenios, por intermedio de su mandatario, el Director Ejecutivo, para que la entidad sin ánimo de lucro presentara propuestas ante las entidades y celebrara los Convenios de Asociación durante el periodo inhabilitante, siendo de su pleno conocimiento, e incluso de su plena convicción, que el patrimonio de Corpovisionarios se encuentra indefectiblemente ligado al nombre de Antanas Mockus y no al del señor Murraín, como se desprende de lo transcrito anteriormente de su versión libre

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS ROCÍO ARAÚJO OÑATE Y JORGE OCTAVIO RAMÍREZ

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01(PI)

Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS

Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO

1. Introducción

1. Con el acostumbrado respeto por la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de no decretar la pérdida de investidura al Senador Antanas Mockus, porque se consideró que no se acreditó la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179 numeral 3 de la Carta Política¹⁵², a continuación exponemos las razones por las que suscribimos la providencia del vocativo de la referencia con salvamento de voto.

2. En síntesis, la Sala Plena concluyó que no se configuró la mentada causal de inhabilidad y en consecuencia, que no hay lugar a decretar la pérdida de investidura, porque:

(i) El señor Antanas Mockus no celebró los convenios de asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017 y 566 del 10 de noviembre del mismo año, que Corpovisionarios suscribió con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto (en adelante ACPP) y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C (en adelante UAESP), respectivamente. Lo anterior, en atención a que en representación de la citada corporación intervino directamente el señor Henry Samuel Murraín Knudson.

(ii) No se acreditó que el señor Antanas Mockus intervino en la gestión de los convenios, antes señalados.

(iii) No se acreditó ningún comportamiento doloso o culposo en los términos del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018¹⁵³.

3. Contrario a lo expuesto en la sentencia de la cual nos apartamos, estimamos que:

¹⁵² **ARTICULO 179.**No podrán ser congresistas: 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

¹⁵³ "ARTÍCULO 1o. El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

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

PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal".

(i) El señor Antanas Mockus durante el período inhabilitante celebró los mentados convenios por interpuesta persona, el señor Henry Samuel Murraín Knudson, en virtud de un mandato con representación.

(ii) Se acreditó que el demandado, durante el periodo inhabilitante, intervino en la gestión del Convenio de Asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017.

(iii) Se acreditó que el factor subjetivo de la conducta del señor Antanas Mockus con la que incurrió en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179 numeral 3° de la Constitución Política, y por ende, que había lugar a declarar la pérdida de investidura.

4. En el orden anunciado, expondremos las razones que acreditan el cumplimiento de la fase objetiva y subjetiva de la causal, cuya desatención por la Sala mayoritaria conllevan el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación en la materia y privan al juez de la facultad que tiene, de desentrañar las situaciones que pueden revelar que mediante interpuesta persona puede incurriarse en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 179.3 de la Constitución Política.

2. Se configuró el elemento objetivo de la causal por la suscripción de contratos a través de interpuesta persona

2.1 La facultad y deber del juez de desentrañar las circunstancias fácticas que se invocan como fundamento de la pérdida de investidura

5. Uno de los principales argumentos que llevaron a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a considerar que los Convenios de Asociación fueron celebrados por el Director Ejecutivo de Corpovisionarios y no por el representante legal y Presidente de la mencionada corporación, se sustenta en que tales convenios fueron firmados por el señor Murraín Knudson, en virtud del acto de delegación que le hiciera el Presidente para adelantar trámites de carácter laboral, contractual y administrativo.

6. La sentencia consideró que es posible desprenderse de la representación legal de la persona jurídica, al determinar que la delegación de dicho atributo estuvo amparada por las disposiciones estatutarias de Corpovisionarios, cuya validez y oponibilidad no pueden ser objeto de estudio en sede de pérdida de investidura, misma razón en que sustentó la imposibilidad de pronunciarse sobre el régimen jurídico aplicable a la representación legal de la corporación¹⁵⁴.

7. En efecto, a partir de esa postura la Sala mayoritaria afirmó que era irrelevante para la pérdida de la investidura: **(i)** que el demandado mantuviera la condición de representante legal **(ii)** la ausencia de inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del Director Ejecutivo como representante legal de la corporación **(iii)** entrar a analizar si entre el Representante Legal inscrito y el Director Ejecutivo – delegatario del representante legal-, existió un mandato aparente o tácito¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ver especialmente los párrafos 123 a 131 de la sentencia.

¹⁵⁵ Sobre el particular sostiene el mentado fallo: “127. Por tanto, la Sala no entrará a resolver ninguno de los componentes del problema jurídico relacionado con la validez y oponibilidad de los actos jurídicos de Corpovisionarios. No se referirá, en consecuencia, a la corrección o deficiencia de los requisitos de su capacidad para contratar, ni las vicisitudes de su representación. Sin embargo, sí puede concluir desde ahora, que la omisión del registro de los actos de delegación proferidos por el presidente de la corporación no acredita la ocurrencia de la causal alegada, porque esa omisión no revela los sujetos, ni las condiciones de modo, tiempo y lugar, de las tratativas precontractuales y de los actos de celebración del contrato. 128. Dada la naturaleza sancionatoria de este proceso, su estándar probatorio exige que los solicitantes demuestren el comportamiento reprochable por el que solicitan la pérdida de la investidura del convocado. El análisis probatorio, en consecuencia, no puede adelantarse a partir de inferencias o intuiciones, sino por medio de elementos probatorios directos y certeros que demuestren la materialización de uno de los verbos rectores de la conducta prohibida.

8. Para sostener lo anterior, se hizo alusión a los siguientes apartes de la providencia del 21 de abril de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁵⁶:

“(…) se advierte que la discusión que pudiera derivarse con ocasión de la inscripción en un registro público del acto de la Junta Directiva que autorizó la representación legal para contratar por parte del Vicepresidente, en ausencia del Presidente, se trata de un asunto relacionado con la vinculación de FABEGAN a un negocio jurídico y con la capacidad de ésta para ser parte en un contrato, el cual resulta ajeno y desborda el análisis de esta acción de pérdida de investidura, cuyo objeto específico es verificar si la conducta del congresista se subsume en el supuesto de hecho prohibitivo que da lugar a la inhabilidad y consecuentemente si procede el despojo de esa calidad de alto dignatario.

Es decir, si debía o no realizar FABEGAN el registro del acto de la Junta Directiva de delegación, asignación o autorización de la función para celebrar el Vicepresidente en ausencia del Presidente, los contratos en nombre del ente gremial, en el registro de la Cámara de Comercio o, incluso, ante otra entidad (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o Secretarías de Gobierno municipales o distritales)¹⁵⁷, no es una materia que deba definirse en esta sede judicial, pues adviértase que su propósito no es juzgar la validez del negocio jurídico celebrado en cuanto al presupuesto de capacidad de parte, o vicisitudes en la representación de uno de los extremos del mismo, o el de verificar la oponibilidad de los efectos frente a terceros respecto de la asignación o delegación de la función de representación para contratar a dicho Vicepresidente, sino de lo que se trata es de verificar si quien suscribió el contrato con el Municipio de Motavita en el período inhabilitante fue o no el congresista demandado o si tuvo él intervención en su negociación o celebración, para determinar de allí la existencia de la circunstancia impositiva o de inelegibilidad que se cuestiona.

Ello no significa que no deba el juez de la acción de pérdida de investidura indagar acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la celebración del contrato y las actividades conducentes a su formación y perfeccionamiento, para averiguar a partir de los medios de prueba acopiados en el proceso si fue concertado por interpuesta persona, desentrañar la voluntad real de quien lo suscribe y determinar entonces si existió intervención en la celebración del contrato por el congresista cuestionado.” (Se destaca)

9. Del anterior pronunciamiento se tiene que, si bien es cierto se indicó en la providencia que no era objeto de estudio definir la validez o la oponibilidad de los negocios jurídicos relativo a la delegación de funciones, también se señaló, con toda claridad, que corresponde al juez de la pérdida de investidura indagar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se efectuó la gestión y/o la celebración del contrato, con el propósito de develar si el congresista – representante legal- intervino en la celebración del contrato cuestionado.

129. En conclusión, la Sala encuentra que no es relevante para este caso concreto que el Congresista acusado haya mantenido la titularidad nominal de representante legal, en el certificado de existencia y representación de la corporación. Tampoco es relevante para el juicio de pérdida de investidura que no se haya registrado el nombre del director ejecutivo ante la Cámara de Comercio como representante legal en ejercicio de funciones. Estas dos circunstancias pueden resultar apreciables en un juicio sobre los efectos de los actos jurídicos celebrados por la corporación. Pero son datos accesorios respecto de la discusión que ocupa a la Sala, que se orienta exclusivamente a determinar probatoriamente si el señor Mockus Sivickas participó activamente y con incidencia real, en interés propio o de un tercero, en la gestión o en la celebración de los contratos de los que hizo parte Corpovisionarios durante el periodo inhabilitante. ”

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 21 de abril de 2009, Radicado 2007-00581-00 (PI)

¹⁵⁷(Cita del texto original) De acuerdo con la normatividad que en atención a su naturaleza de asociación agropecuaria rige su actuación y, por ende los actos sujetos a registro y la entidad encargada de efectuarlo (Decreto 2716 de 1994, modificado parcialmente por el Decreto 938 de 1995 artículo 42 y 45 del Decreto 2150 de 1995; Decreto 427 de 1996 que reglamentó el capítulo II del título I del Decreto 2150 de 1995, artículo 2º, la Ley 537 de 1999, que adicionó el Decreto Ley 2150 de 1995, Decreto 2716 de 1994, en el Capítulo VI, artículo 29)

10. Con lo anterior se pone de presente que, en aplicación de la jurisprudencia de la Corporación y del deber que tienen los jueces de buscar la verdad de los hechos, resultaba indispensable analizar todo lo acontecido alrededor de los convenios de asociación, verbigracia, la representación legal, los actos de delegación, la ausencia de inscripción, los estatutos de la corporación y las actas del Consejo Directivo, para desentrañar si los hechos probados acreditaban o no, la intervención directa o por interpuesta persona del Senador Mockus en la gestión y celebración de los Convenios, lo cual no puede ocurrir sino a la luz del ordenamiento jurídico que las rige.

11. Contrario sensu, el fallo se abstuvo de realizar el análisis mencionado y dio por acreditado que los convenios fueron suscritos por una persona diferente del Senador Mockus Sivickas, fincado en que los actos de Corpovisionarios se reputan legales y en que la pérdida de investidura no puede ocuparse de su validez y oponibilidad, con lo cual no solamente se efectuó una interpretación aislada de la causal de pérdida de investidura sino también contradictoria, pues se admite la posibilidad de que la causal se materialice por interpuesta persona pero a la vez se desecha la posibilidad de analizar dicho escenario conforme con el ordenamiento que resulta aplicable.

12. De esta manera, el fallo da por probado que los convenios fueron suscritos por una persona diferente del Senador Mockus Sivickas, refugiándose en el argumento de que no es posible para el juez de la pérdida de investidura revisar la validez y la oponibilidad de la delegación de la representación legal, cuando lo correspondiente era desentrañar si a la luz del ordenamiento jurídico tal delegación constituyó un mandato con representación, tácito o expreso, y si a la luz de éste el Director Ejecutivo actuó o no en nombre y representación del representante legal de Corpovisionarios, el señor Antanas Mockus.

13. Aunque no está en discusión que en sede de pérdida de investidura el objeto del proceso se centra en establecer si hay o no lugar a imponer dicha sanción, y que la decisión no se circunscribe a declarar la nulidad de un acto o de un contrato relacionado con los hechos materia del proceso, lo cierto es que al juez le corresponde juzgar los supuestos fácticos a la luz del régimen jurídico que les es aplicable y conforme con las consecuencias que respecto de ellos fijan las normas legales.

14. Como tal labor judicial se torna indispensable para desentrañar si el congresista transgredió el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, resulta inaceptable considerar que como una figura o instituto jurídico se ha denominado o interpretado de una manera determinada y así consta en un acto que se presume legal, no hay lugar examinar más allá de lo predicado por éste y abstraerse de tener por ciertos los efectos que la ley le ha fijado.

15. Las consideraciones que anteceden implican que era de vital importancia establecer a luz del ordenamiento mercantil aplicable a la corporación, si la delegación de la representación legal realizada por el Presidente de Corpovisionarios al Director Ejecutivo de la misma, ponía de presente la existencia de un mandato conferido por el primero al segundo, y a partir de ello evaluar si en dicho marco, las actuaciones del mandatario fueron totalmente independientes y desligadas de la representación legal que correspondía al Presidente de la corporación, esto es, al señor Antanas Mockus, aspecto central del litigio que no fue analizado en la sentencia de ninguna manera y no se relacionaba con la validez de la delegación ni su oponibilidad.

2.2 De la suscripción de contrato por interpuesta persona por parte del Senador convocado

16. Antes de entrar en el análisis de este elemento objetivo de la causal, se pone de presente la claridad que existe en el plenario frente a los siguientes aspectos:

a) Los contratos estatales respecto de los cuales se invocó la referida causal de inhabilidad son los convenios de asociación (i) N° 10 del 9 de noviembre de 2017 y (ii) 566 del 10 de noviembre del mismo año, que Corpovisionarios suscribió con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., respectivamente.

b) Los citados convenios de asociación comportaron un interés o beneficio económico para que la Corporación Visionarios por Colombia continuara desarrollando su objeto social. Esto, aunado al beneficio consistente en el reconocimiento y experiencia adquirida por la referida corporación y sus miembros, en virtud de los mencionados convenios, que a futuro les permitiría participar en otros procesos de selección y fortalecer los indicadores exigidos por la entidades públicas para tal efecto.

c) Las elecciones al Congreso de la República tuvieron lugar el 11 de marzo de 2018, razón por la cual el periodo inhabilitante de que trata el artículo 179.3 de la Constitución Política estuvo comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018, motivo por el cual dentro del mismo se suscribieron los referidos contratos estatales, que datan del 9 y 10 de noviembre de 2017.

d) Al tenor del penúltimo inciso del artículo 179 Superior, para las inhabilidades de los numerales 2, 3, 5 y 6 de la misma norma, la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales. Los mencionados convenios de asociación fueron celebrados en Bogotá, que hace parte de la circunscripción nacional, para la cual presentó su candidatura el doctor Antanas Mockus como Senador de la República.

17. Bajo este panorama, el punto central de la controversia giró en torno al elemento objetivo, pues los mencionados Convenios de Asociación fueron firmados por el Director Ejecutivo de Corpovisionarios, quien invocó la condición de Director Ejecutivo y “Representante Legal” de la entidad sin ánimo de lucro.

18. A partir de tal hecho, el convocado sostuvo que **no** gestionó ni celebró los referidos contratos, porque para el momento en que ocurrieron los hechos aunque era el Presidente de la Corporación no tenía la calidad de representante legal de la misma, **toda vez que renunció a tal condición por delegación de la misma en el Director Ejecutivo mediante la Resolución N° 1 del 4 de septiembre de 2006¹⁵⁸.**

19. No obstante, en el expediente se corroboró que el congresista, para el momento en que se gestionaron y celebraron los Convenios de Asociación: **(i)** era el representante legal de Corpovisionarios para todos los efectos legales, lo que incluye la configuración de la causal de inhabilidad del artículo 179.3 superior pues

¹⁵⁸ Para tal efecto invocó la anterior resolución y la N° 3 de 10 de octubre de 2014, suscritas por el señor Antanas Mockus, los estatutos de Corpovisionarios y los certificados de existencia y representación de la misma, destacando que el Director Ejecutivo puede actuar como representante legal por delegación del Presidente.

así se acreditó con el certificado de existencia y representación legal de Corpovisionarios expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de marzo de 2018 (ii) participó en la gestión y en la celebración de los mismos mediante un mandato con representación otorgado al Director Ejecutivo de la persona jurídica, en tanto la representación legal, a la luz de las normas del derecho privado aplicables, es indelegable como atributo personalísimo referido a la capacidad de las personas jurídicas. Veamos:

2.2.1 De la condición de representante legal del demandado

20. Frente a este punto, vale la pena contextualizar, en primer lugar, la representación de las corporaciones y para ello partimos de lo previsto en el artículo 73 del Código Civil, que señala que las personas son “naturales¹⁵⁹ y jurídicas”, siendo definidas estas últimas por el artículo 633 de dicho código, como *“una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”*

21. De la anterior definición legal se destaca el elemento de la representación, comoquiera que las personas jurídicas al ser una ficción, *“requieren de personas naturales que las representen en el ejercicio de la capacidad jurídica”*¹⁶⁰. Esta circunstancia permite afirmar que la **representación es un elemento esencial de las personas jurídicas**, pues sin él estas no pueden materializar los derechos y obligaciones de las que son titulares.

22. Es por la anterior circunstancia que el ordenamiento jurídico en disposiciones como los artículos 640 del Código Civil¹⁶¹ y 833 del Código de Comercio¹⁶², precisa que los actos del representante comprometen a la persona jurídica, son fuente de obligaciones en cabeza de ésta, por supuesto, siempre y cuando se respeten los límites establecidos.

23. Tratándose de personas jurídicas como las corporaciones sin ánimo de lucro, que precisamente es la naturaleza jurídica de Corpovisionarios, como puede apreciarse en sus estatutos¹⁶³ y en el certificado de existencia y representación del 5 de septiembre de 2017 y del 12 de marzo de 2018, existen normas especiales como los artículos 639¹⁶⁴ del Código Civil, 40¹⁶⁵, 42¹⁶⁶ y 43¹⁶⁷ del Decreto Ley

¹⁵⁹ El artículo 74 del Código Civil las define: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.”

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 18 de julio de 2017, Rad. 11001-03-06-000-2017-00061-00(C), M.P. Germán Alberto Bula Escobar.

¹⁶¹ “Artículo 640. Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante.”

¹⁶² “ARTÍCULO 833. <EFECTOS JURÍDICOS DE LA REPRESENTACIÓN>. Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.(...)”.

¹⁶³ El artículo 2º de los mencionados estatutos señala: “ARTÍCULO 2. NATURALEZA. La entidad se constituye como CORPORACIÓN sin ánimo de lucro de naturaleza civil, la cual funcionará de conformidad con la Constitución Política, el Código Civil y demás disposiciones legales que sean pertinentes o tengan relación con las actividades propias de esta”.

¹⁶⁴ “Artículo 639. Las corporaciones **son representadas por las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas**, y a falta de una y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter.” (Negrilla fuera de texto).

¹⁶⁵ “ARTÍCULO 40. SUPRESIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍAS JURÍDICAS. Suprímese el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, **las corporaciones**, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro. Para la obtención de su personalidad, dichas entidades se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido en el cual se expresará, cuando menos, lo siguiente: (...) 6. **La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.** (...) 11. **Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.** Las entidades a que se refiere este artículo, formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, **a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye.** PARÁGRAFO. Con sujeción a las normas previstas en este capítulo, el Gobierno Nacional reglamentará la forma y los plazos dentro de los cuales las personas jurídicas de derecho

2150 de 1995¹⁶⁸ que hacen énfasis en la importancia de la representación, particularmente en la obligación que la misma se precise (i) en el acto de constitución y (ii) en el registro respectivo de Cámara de Comercio, pues se trata de quien está facultado legal y estatutariamente para actuar en nombre y representación de la persona jurídica y por consiguiente, quien debe identificarse para todos los asuntos concernientes a ésta, por lo que se itera, es un aspecto esencial respecto del cual debe existir absoluta claridad, en especial frente a los terceros que en los ámbitos público, civil y comercial interactuarán con la corporación.

24. Los artículos 164 y 442 del Código de Comercio fueron objeto de demanda de constitucionalidad conocida y resuelta por la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2003¹⁶⁹, que los declaró exequibles condicionadamente, en el entendido que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales, por lo que procedió a fijar los mismos teniendo como parámetros:

(i) el término que podrían establecer los estatutos para suplir tales vacantes, (ii) la obligación de los órganos sociales y de las personas que desempeñaron las referidas responsabilidades de reportar las novedades ante Cámara y Comercio, (iii) la existencia de un plazo razonable para dar a conocer éstas y (iv) que la ***“falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales”*** (negrilla fuera de texto).

25. Del mencionado fallo llama la atención el énfasis que hizo la Corte Constitucional al indicar que el propósito principal de tales preceptos, es *“impedir que las sociedades mercantiles queden sin un representante legal públicamente conocido, respecto de quien todos los terceros tengan la certeza de que al actuar en el mundo jurídico compromete a la persona jurídica como tal, y a través de quien puedan demandarla judicialmente”*, de allí que quien figure en el registro mercantil bajo dicha condición, **lo será para todos los efectos legales**, lo que implica la obligación correlativa de los órganos sociales de registrar cualquier cambio sobre su representación, asunto que también es de interés de quien desempeñaba esa labor, pues en principio mientras tal registro se mantenga vigente continuará siendo el principal responsable de la persona jurídica.

privado actualmente **reconocidas se inscribirán en el registro que lleven las cámaras de comercio**”. (Destacado fuera de texto).

¹⁶⁶ “ARTÍCULO 42. INSCRIPCIÓN DE ESTATUTOS, REFORMAS, NOMBRAMIENTOS DE ADMINISTRADORES, LIBROS, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. Los estatutos y sus reformas, **los nombramientos de administradores**, los libros, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas formadas según lo previsto en este capítulo, **se inscribirán en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica** en los mismos términos, tarifas y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales.

Para la inscripción de **nombramientos de administradores** y revisores fiscales se requerirá la aceptación previa de las personas designadas”.

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 43. PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL. La existencia y la **representación legal** de las personas jurídicas de derecho **privado a que se refiere este capítulo, se probará con certificación expedida por la Cámara de Comercio competente, la cual llevará el registro de las mismas, con sujeción al régimen previsto para las sociedades comerciales** y en los mismos términos, tarifas y condiciones que regulan sus servicios”. (Destacado y subrayado fuera de texto).

¹⁶⁸ Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Dicho decreto dedicó un capítulo a la creación de las entidades sin ánimo de lucro.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-621 del 29 de julio de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

26. Bajo las anteriores consideraciones y como se acreditó en el proceso judicial de la referencia, en especial a partir de los certificados de Cámara y Comercio del 5 de septiembre de 2017 y 12 de marzo de 2018, el señor Antanas Mockus durante la época de la suscripción de los convenios de asociación N° 10 y 566 de noviembre de 2017, inclusive para la fecha de los comicios (11 de marzo de 2018), figuró en el registro mercantil como **Presidente y representante legal de Corpovisionarios**.

27. Según los referidos certificados, no se advierte que el Director Ejecutivo de Corpovisionarios tuviera la condición de representante legal, pues la misma estuvo en cabeza del entonces Presidente, el señor Antanas Mockus. La única referencia en dichos certificados que sobre el particular existe, es que el *“Director ejecutivo podrá llevar la **representación legal** de la corporación, por delegación del presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral”*, empero no aparece registrado algún acto de “delegación”, por lo que al tenor del artículo 43 del decreto Ley 2150 de 1995, es indiscutible **que para todos los efectos legales**, el Senador acusado, durante el periodo inhabilitante, fue el representante legal de la corporación sin ánimo de lucro.

28. Se reitera, ello se desprende de los certificados de existencia y representación del 5 de septiembre de 2017 y 12 de marzo de 2018, del artículo 164 del Código de Comercio (declarado exequible con efectos de cosa juzgada constitucional¹⁷⁰) y normas concordantes, de obligatoria observancia para las corporaciones y en general todas las persona jurídicas de derecho privado.

29. No obstante y que implica la oponibilidad del acto de delegación de la representación conferida por el Senador Mockus al señor Murraín y que desde el punto de vista de la pérdida de investidura no debe ser objeto de cuestionamiento de acuerdo con lo establecido en la sentencia de la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado del 21 de abril de 2009, importaba para la decisión de este proceso el análisis relativo a que la delegación prevista por los estatutos **no era para que representara judicial y extrajudicialmente a Corpovisionarios sino únicamente para los trámites de índole administrativo, contractual y laboral**, porque contrasta con el contenido normativo de la representación legal que impone no solamente la asunción de las obligaciones sino también la responsabilidad de la corporación y el sometimiento a las directrices que le hace el órgano que lo designa.

30. Así pues, la gestión de negocios y las obligaciones que debía asumir el señor Henry Samuel Murraín por razón de la denominada delegación no solamente estaba limitada en el monto¹⁷¹ **sino en el hecho de tener que responder al titular de la representación legal, es decir, el mandante, el señor Antanas Mockus, quien siendo el representante legal es quien tiene la capacidad de instruir en el ejercicio de la función encargada.**

¹⁷⁰ Según el artículo 243 de la Constitución Política.

¹⁷¹ Que no puede superar 1.400 salarios mínimos mensuales legales vigentes según la Resolución N° 3 de 2014 suscrita por el demandado.

31. Se hace énfasis en que según los certificados de existencia y representación figuraba como representante legal el demandado y no el señor Henry Samuel Murraín y que en tales documentos tampoco se registró el acto delegación en favor de éste. Tal circunstancia impide predicar que a la luz del ordenamiento civil y comercial, que es el marco de referencia para el estudio del caso concreto, una persona distinta al senador Mockus tenía la referida condición frente a Corpovisionarios.

32. Cuestión distinta y que escapa al ámbito de estudio del presente proceso, es que las partes contratantes haya construido sus relaciones a partir de un acto de delegación, que a la luz del ordenamiento es en realidad un mandato con representación, sin que tal aseveración implique juzgamiento acerca de la validez y oponibilidad de las tratativas y los convenios celebrados, pues se repite, las normas del derecho privado no admiten que los representantes legales puedan desprenderse de esa condición a voluntad, porque ello implicaría sustraer a la persona jurídica de un atributo necesario para desarrollar su objeto social, es decir, la capacidad.

33. Dicho de otro modo, si lo pretendido por Corpovisionarios y por su Presidente era que una persona, distinta de la inscrita en el correspondiente registro mercantil, la representara legalmente para todos o algunos efectos legales, debieron efectuar la inscripción correspondiente, a fin de que la misma condujera a la asunción de obligaciones, responsabilidades y al ejercicio de derechos, pues se repite, quienes figuren como representantes de una persona jurídica, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección, lo que conlleva la obligación correlativa de los órganos sociales y de quienes tuvieron la representación legal en su cabeza, de procurar la actualización de la información so pena de atenerse a las consecuencias de su omisión, como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-621 del 29 de julio de 2003.

34. Al efecto, vale la pena recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en fallo de pérdida de investidura del 21 de abril de 2009¹⁷² también “ha sostenido que la causal del artículo 179-3 superior “se puede tipificar en forma directa o indirecta, es decir, por la firma directa del contrato escrito en el que se eleva el acuerdo de voluntades o por interpuesta persona, en este último evento a través de un tercero que celebra el contrato por encargo o aparentando actuar en nombre propio y no de quien realmente se beneficia o deriva provecho del mismo”.

35. Consecuentemente, al encontrarse acreditado que Antanas Mockus era el representante legal inscrito de Corpovisionarios y que el Director Ejecutivo adelantó las tratativas y celebró los Convenios de Asociación, lo hizo con la anuencia y bajo la responsabilidad del señor Antanas Mockus, es decir, tipificó la causal prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política de manera indirecta.

¹⁷² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de abril de 2009, Rad. 11001-03-15-000-2007-00581-00, Ruth Stella Correa Palacio.

36. Ello quiere decir que aun cuando el representante legal no hubiera figurado ante los terceros a efectos de adelantar tratativas y celebrar contratos, lo cierto es que tenía la calidad de representante legal y como tal, cuando el Director Ejecutivo actuaba, lo hacía en su representación y no en la de Corpovisionarios, pues los estatutos no lo prevén así.

37. En efecto, aunque los estatutos sociales establecieron en el Representante Legal la facultad de delegar la representación legal a efectos de adelantar trámites contractuales, laborales y administrativos, lo cierto es que tal representación legal nunca fue inscrita conforme lo señala el ordenamiento, de manera que, sin perjuicio de que la delegación en apariencia conllevara la posibilidad de desprenderse de la representación legal, lo cierto es que la designación del representante legal corresponde al órgano u órganos sociales que dispongan los estatutos, y en tal sentido los estatutos de Corpovisionarios señalaron que tal calidad reposa en el Presidente de la corporación.

38. En lo referente a este punto, entre los antecedentes existentes se encuentra la sentencia del 24 de mayo de 2018 de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁷³, que decretó la pérdida de investidura de un concejal del municipio de Sincelejo porque al momento de celebrar un contrato con el Departamento de Sucre figuraba en el registro mercantil como representante legal de la sociedad contratante.

39. En este caso, pese a que en reunión extraordinaria el órgano societario autorizado por los estatutos había designado a otra persona como Gerente, pero no se inscribió tal decisión en el registro mercantil con posterioridad, en aplicación de los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, la Sección Primera reiteró que el demandado no había dejado de fungir como representante legal de la persona jurídica, tuvo por configurada la causal inhabilitante relativa a la celebración de contratos.

40. En ese orden de ideas, desde la perspectiva de la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179.3 de la Constitución Política, resulta claro que los Convenios de Asociación fueron gestionados y suscritos por el representante legal de Corpovisionarios, el señor Antanas Mockus, por interpuesta persona, esto es, a través de su mandatario, a quien mediante acto discrecional y voluntario, aun cuando autorizado estatutariamente, encargó para tal fin.

41. Sumado a ello, se tiene que la información pública que reposaba en la Cámara de Comercio de Bogotá permitía relacionar directamente a Corpovisionarios con el señor Mockus, en tanto este fungía en la información inscrita como Presidente y representante legal de la misma, y a su turno, los Convenios de Asociación celebrados por Corpovisionarios con las entidades estatales, **abrieron la posibilidad de que el entonces candidato, hoy Senador de la República, fuera identificado directamente como parte de Corpovisionarios durante la**

¹⁷³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad. 70001-23-33-000-2016-00274-01(PI), M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

campaña electoral, máxime cuando el objeto de los convenios estuvo orientado al fortalecimiento de la cultura ciudadana¹⁷⁴, metodología y concepto por cuyo desarrollo se reconoce al señor Antanas Mockus en todos los estamentos.

42. Entonces, la finalidad de la causal de pérdida de investidura del artículo 179-3 superior, que es evitar cualquier riesgo de desequilibrio en la contienda electoral a partir de la ventaja que se puede obtener con ocasión de la contratación estatal que el candidato realice directamente o por interpuesta persona¹⁷⁵, se materializó en este caso porque los Convenios de Asociación le otorgaron notoriedad al contratista frente al electorado, porque a través de los mismos se satisfacen necesidades de la comunidad y entró a jugar en escena el concepto de “cultura ciudadana”, el cual se liga al nombre de Antanas Mockus y por esta vía al de Corpovisionarios, como el propio Senador lo reconoció en la versión libre que rindió ante el Consejo Nacional Electoral¹⁷⁶.

43. En suma, el hecho de que el demandado se encontrara inscrito en el registro mercantil como representante legal de Corpovisionarios para el momento en que se suscribieron los referidos convenios y quien suscribió dichos contratos fuera su mandatario, conlleva a predicar dicha condición para todos los efectos legales, encontrándose esto incluido en la taxatividad de la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política.

44. Ahora bien, no desconocemos que el fallo del 8 de octubre de 2019 subrayó que por el solo hecho de que el señor Antanas Mockus sea el representante legal de la corporación que hizo parte de los convenios de asociación, no puede concluirse que es acreedor de la sanción de pérdida de investidura, pues a la luz de la jurisprudencia citada en el fallo debe probarse que *“la participación activa, real, trascendente y útil del convocado en la gestión y celebración de los negocios jurídicos entre Corpovisionarios y las entidades públicas contratantes”*.

¹⁷⁴ El convenio de asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017 tuvo por objeto: “aunar esfuerzos humanos, administrativos, técnicos y financieros para apoyar el diseño y la implementación de un ejercicio de visión compartida en el departamento de Cundinamarca, que desde el enfoque de cultura ciudadana contribuya a la construcción de una mirada de paz por parte de la ciudadanía, que parta de la corresponsabilidad en las relaciones personales y familiares en la vida cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes”.

Por su parte el objeto del convenio de asociación N° 566 del 10 de noviembre de 2017 consistió en “aunar esfuerzos entre los asociados para el fortalecimiento de la cultura ciudadana en el distrito capital de Bogotá, que logre el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de los residuos y la separación en la fuente en la ciudad de Bogotá”.

¹⁷⁵ Así se aprecia en las discusiones relativas a la misma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente: “En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).” (Sesión Comisión 3 de abril 29 de 1991 (3429). Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18).

¹⁷⁶ Sobre la finalidad de la causal de inhabilidad relacionada con la suscripción de contratos, ver entre otras: (i) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de noviembre de 2010, Rad. 25000-23-31-000-2008-00023-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2009, Rad. 13001-23-31-000-2007-00700-00, M.P. Susana Buitrago Valencia (que a su vez citan otros pronunciamientos).

45. En atención a la anterior premisa a continuación ilustramos las razones por las cuales el demandado a través de un mandatario celebró los convenios de asociación, y por lo tanto, incurrió en la causal de inhabilidad invocada.

2.2.2 De la intervención del demandado en la celebración de contrato en virtud de un mandato con representación

46. En efecto, en estrecha relación con el hecho de que la representación es un elemento esencial de las personas jurídicas, pues sin ella éstas no pueden materializar los derechos y obligaciones de las que son titulares, en el caso de autos resulta necesario distinguir que un asunto es la representación derivada de la voluntad de órgano social, a fin de poder realizar su objeto, asumir responsabilidades y que hace parte de su esencia, y otro muy distinto el mandato tácito o expreso existente entre el representante legal y otra persona, en este caso el Director Ejecutivo, para que éste ejerza en favor de la corporación, algunas de las facultades que le fueron concedidas a aquél.

47. Teniendo claridad en que un asunto es la representación legal de la corporación y otro el mandato, la Superintendencia de Sociedades en conceptos como los N° 220-016457 del 15 de marzo de 2012 y 220-77309 del 30 de agosto de 1999, ha señalado de manera clara y precisa que **un mandatario no puede reputarse representante legal**, toda vez que dicha condición hace parte de la esencia de la persona jurídica porque se deriva de la voluntad del órgano societario, a diferencia del mandato que puede conferir el representante para el ejercicio de determinada atribución.

48. En esta línea, los conceptos señalan que **la representación legal de una sociedad es fundamental, inseparable e indelegable**, motivo por cual cuando el representante legal otorga en cabeza de otro el ejercicio de ciertas funciones, *“así faculthen al apoderado o mandatario para realizar todos los negocios previstos en su objeto social, no defieren o delegan la representación legal en el mandatario, pues ésta por ministerio de la ley siempre se encontrará en cabeza de la persona designada por la junta directiva, asamblea de accionistas o junta de socios para ejercer dicha función”*¹⁷⁷ (Destacado fuera de texto).

49. En el caso de autos se evidencia de los estatutos de Corpovisionarios, que el órgano societario decidió que la representación legal **recayera en su Presidente**, a fin de que el mismo materializara la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones de la persona jurídica. Cuestión distinta es que también previera que el Presidente tenía la posibilidad de depositar en el Director Ejecutivo la función de representación, **sin que ello implicara que aquél se desprendiera de su condición de representante legal, pues tal conclusión no se extrae de los estatutos y sería contraria a los mismos, pues de manera clara y precisa establecieron como función del Presidente representar legal y socialmente a la Corporación así:**

¹⁷⁷ Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-016457 del 15 de marzo de 2012.

(...) FUNCIONES. Son funciones del Presidente: 1. Representar legal y socialmente a la corporación. 2. Presidir las reuniones de la sala general y del consejo directivo. 3. Presentar a la sala general en su reunión anual un informe de gestión, el balance y cuentas del ejercicio. 4. Velar por el cumplimiento de los estatutos, resoluciones y reglamento de la sala general y del consejo directivo. 5. Delegar al director ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral. 6. Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente.” (Se resalta).

50. Nótese que la posibilidad concedida estatutariamente al Presidente de “delegar” en el Director Ejecutivo la representación queda sometida a lo que aquél, el depositario de la voluntad del órgano societario a su discreción estimara pertinente, por lo que **no hay lugar a predicar la existencia de una representación conjunta o simultánea entre los citados miembros de la corporación, sino la atribución que tiene el Presidente de permitirle al Director Ejecutivo, tramitar en nombre y representación de Corpovisionarios asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral, lo que corresponde a un mandato¹⁷⁸ con representación.**

51. Debe recordarse que tratándose del mandato, el ordenamiento civil y comercial colombiano permite predicar el mismo con o sin representación¹⁷⁹, con el ánimo de precisar los eventos en que el mandatario actúa o no a nombre del mandante. En el primer evento las actuaciones de aquél dentro de los límites establecidos comprometen al mandante, mientras que en la segunda hipótesis, los efectos de la actuación del mandatario sólo se radican en su propia cabeza.

52. Sobre el particular resultan ilustrativas las siguientes consideraciones de orden doctrinal:

“Establece el artículo 2177 del Código Civil que el mandatario puede actuar con o sin representación y, que si contrata a su propio nombre (caso del mandato sin representación), no obliga, respecto de terceros, al mandante. Así mismo, el artículo 1262 del Código de Comercio establece que el mandato puede conllevar o no la representación del mandante, y que si efectivamente la involucra, se aplicarán las normas establecidas en los artículos 832 y subsiguientes de aquel. Dichas normas indican, entre otras, que los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este. La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar (C.C., artículo 2177 y subsiguientes).

Así pues, la representación es un efecto contractual que confiere o limita el hecho de que el mandante –frente a terceros– asuma los efectos jurídicos de los actos o contratos celebrados o ejecutados por el mandatario. Cuando el mandatario actúa en virtud de un contrato de mandato con representación, los efectos de su actuación –frente a terceros– siempre habrán de radicarse en cabeza del mandante; mientras que si actúa en virtud de un contrato de mandato sin representación, los efectos del mismo –frente a terceros– se radicarán en su propia cabeza¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Al respecto el Código Civil dispone en su artículo 2142 lo siguiente: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

¹⁷⁹ Sobre el mandato sin representación, puede apreciarse los artículos del 2177 Código Civil y el 1262 Código de Comercio que rezan: “Artículo 2177. CONTRATACIÓN DEL MANDATARIO. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante; **si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante**”. “Artículo 1262. DEFINICIÓN DE MANDATO COMERCIAL. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar **o no la representación del mandante**. Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II el Título I de esta Libro”. (Destacado fuera de texto).

¹⁸⁰ Juan Estaban Sanín Gómez, “El contrato de mandato: consideraciones jurídicas, tributarias y contables”. Revista de Derecho Fiscal n.º 8 (jun. 2016), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 45-58. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/16926722.n8.04>

53. Ahora bien, sin desconocer que respecto del mandato sin representación doctrinaria y jurisprudencialmente se ha discutido si es de su esencia el carácter representativo, y que algunos sectores sostiene que siempre lo es¹⁸¹, lo relevante en esta oportunidad es que la facultad concedida por el Presidente de Corpovisionarios al Director Ejecutivo de la misma persona jurídica, conllevó la posibilidad de actuar en nombre y representación de ésta, de comprometerla en actuaciones de índole administrativo, contractual y laboral, por lo que sin duda alguna se trata de la alternativa de un mandato con representación, que en el caso de autos se materializó a través de las Resoluciones N° 1 del 4 de septiembre de 2006 y N° 3 del 10 de octubre de 2014, en las que el demandado en su calidad de Presidente dispuso:

- Resolución N° 1 del 4 de septiembre de 2006:

“Artículo 1- Delegación de funciones y facultades: Delegar en el director ejecutivo de la corporación, las siguientes funciones y facultades

1. Representación Legal: Delegar en el director ejecutivo de la corporación la representación legal de la Corporación.

Esta delegación conlleva la facultad de actuar en nombre y representación de la corporación ante entidades privadas y en los procedimientos administrativos que se adelanten ante autoridades públicas departamentales, regionales o nacionales en los que tenga interés o sea parte la Corporación (...).”

- Resolución N° 3 de 10 de octubre de 2014:

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

Resuelve:

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

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

54. En el marco del mandato y tratándose de personas jurídicas que como ficciones que son para actuar requieren de un representante legal designado e inscrito, es este quien ostenta la facultad de confiar a otros la gestión de asuntos correspondientes a la asociación, **sin que ello implique que al proceder de esa forma se desprenda de las atribuciones que le asisten como el depositario de la voluntad del órgano social. Dicho de otro modo, no significa que en virtud del mandato –que en los estatutos de Corpovisionarios se denominó delegación- deje de ser representante legal de Corpovisionarios el Senador Mockus.**

55. En efecto, el mandato con representación entre el Presidente y el Director Ejecutivo de Corpovisionarios, significaba que todo aquello que el mandatario

¹⁸¹ Sobre el particular el autor antes señalado expone:

“(…) se ha dividido la doctrina y jurisprudencia respecto a si la representación es o no un elemento esencial del contrato de mandato. Mientras tratadistas como Fernando Hinestrosa (2008, pág. 178) apoyan la tesis de la Corte Suprema de Justicia que indica que en la legislación el mandato no es esencialmente representativo (Sentencia CSJ 07-17-1937), el Consejo de Estado y la DIAN (Concepto dian0003264 de 2002) han sostenido que el contrato de mandato, respecto de la relación existente entre mandante y mandatario (y no frente a terceros), siempre es representativo (Sentencia ce-18760 de 2010 y CE-16605 de 2010). Sobre el particular, señala el Consejo de Estado: Los efectos de la gestión realizada por el mandatario frente al tercero, cuando la realiza a título personal, a la cual alude el artículo 2177 del Código Civil, permitió concebir, en principio, la existencia de mandatos representativos y sin representación. No obstante, la discusión llevada a espacios doctrinales y jurisprudenciales ha concluido que el mandato siempre es representativo. En efecto, para algunos autores en el mandato siempre hay representación, sólo que hay ocasiones en que el mandatario actúa frente al tercero sin descubrir su calidad de tal, sin que ello haga desaparecer los efectos y cumplimiento del mandato, de suerte que al contratar lo hace en su propio nombre, y frente al mandante está cumpliendo con la obligación que se deriva del contrato de mandato, cual es la de hacer uno o varios negocios jurídicos en su nombre. Cosa distinta es que frente al tercero los efectos del acto jurídico realizado, se consideren como propios del mandatario, ya que a éste no se le puede exigir que conozca, de antemano la calidad o condición en la que actúa la persona con quien celebra el negocio. De allí que siempre haya representación, mirada con relación al mandante y al mandatario y no respecto de los terceros” (destacado fuera de texto) (Sentencias ce-18760 de 2010 y ce-16605 de 2010). *Ibidem*.

hiciera, **se entiende como si directamente lo hubiese efectuado el mandante, esto es, el representante legal de la entidad sin ánimo de lucro, el señor Antanas Mockus**, en tanto es el encargado conforme con los estatutos y su correspondiente inscripción en el registro mercantil, de ejercer los derechos de la persona jurídica y de adquirir obligaciones en su nombre, situación que por excelencia caracteriza dicho tipo de mandato¹⁸².

56. En ese orden de ideas, que el Presidente de Corpovisionarios, el señor Antanas Mockus, a través de las Resoluciones N° 1 del 4 de septiembre de 2006 y N° 3 de 10 de octubre de 2014, le haya concedido al Director Ejecutivo la facultad de representar y comprometer a la Corporación, no significó que el primero dejara de ser el representante legal con todas las atribuciones y responsabilidades que ello conlleva, amén de que **el convocado siguió inscrito como tal en el registro mercantil, no renunció a la condición de Presidente durante el periodo inhabilitante, ni tampoco el órgano social designó a otra persona en su lugar.**

57. Lo dispuesto en las resoluciones de delegación tampoco significa que respecto de Corpovisionarios fungieran de manera simultánea dos representantes legales, pues se insiste, estatutariamente y así aparece en los certificados de representación, quien tiene tal condición es su Presidente, quien como tal fue y permaneció inscrito en el registro mercantil, y a quien, a su vez, se le permitió delegar ciertas atribuciones en el Director Ejecutivo que comprometieran a la persona jurídica, sin que ello signifique que el Presidente se apartó, total o parcialmente, de la representación legal que tenía, ni que las actuaciones realizadas por el mandatario le fueran ajenas y/o estuvieran desprovistas del interés propio de quien funge como representante legal de una persona jurídica.

58. Lo expuesto lleva a concluir que el Director Ejecutivo de Corpovisionarios suscribió los referidos convenios como un mandatario con representación, en el que su mandante fue el representante legal de la persona jurídica, el entonces Presidente Antanas Mockus, por lo cual se predica que bajo dicha calidad, dentro de los 6 meses anteriores a las elecciones suscribió los Convenios de Asociación, a través de su encargado, incurriendo objetivamente en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 179.3 constitucional, y en consecuencia, esta circunstancia da lugar a que pierda la investidura según el artículo 183.1 de la Carta Política, por supuesto, de acreditarse que se actuó con dolo o culpa, lo cual a nuestro juicio también se probó como más adelante se ilustrará.

3. De la intervención del demandado en la gestión del Convenio de Asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017

59. Aunque las anteriores consideraciones resultarían suficientes para demostrar que objetivamente se incurrió en la causal de inhabilidad por la celebración de contratos, para los suscritos también resulta claro que el demandado intervino en la gestión del Convenio de Asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017.

¹⁸² En tal sentido el profesor Hidelbrando Leal Pérez destacó: "La Corte Suprema de Justicia, haciendo distinción entre el mandato con y sin representación ha dicho: "En el ejercicio de su encargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber: a) **ora en representación del mandante, es decir, asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contrato**; b) ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra. En el primero de estos dos supuestos se trata del **mandato representativo, que está destinado a producir efectos no solo entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil**. En el segundo, en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus efectos se limitan a los contratantes, según el principio del efecto relativo de los contratos a que alude el artículo 1602 ejusdem. Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 1262 del antiguo de Comercio. En efecto, la primera de estas dos disposiciones estatuye que "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante, si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante". Hidelbrando Leal Pérez, Manual de Contratos – Tomo I, Bogotá 2017, Ed. Leyer, págs.770-771.

60. Lo anterior porque está acreditado que durante el periodo inhabilitante, que transcurrió del 11 de septiembre de 2017 al 11 de marzo de 2018, el señor Antanas Mockus participó como Presidente en las sesiones del Consejo Directivo en las que el Director Ejecutivo informó de las tratativas con las entidades públicas para la celebración del Convenio de Asociación y sometió a consideración de dicho órgano el aporte de \$128.000.000 por parte de Corpovisionarios para la celebración del mismo.

61. En efecto, el Acta N° 54 de 5 de octubre de 2017¹⁸³, del Consejo Directivo de la Corporación Visionarios por Colombia, corrobora la asistencia del señor Mockus Sivickas con aval de su firma al final del documento. El acta dejó constancia de que se trató el futuro convenio con la Agencia de Paz de Cundinamarca –ACPP- y el asunto relacionado con la apropiación de fondos de la Corporación para la celebración del mencionado convenio, asunto este último que se observa fue puesto a consideración del Consejo Directivo.

62. De acuerdo con este documento es claro que, el demandado, en su calidad de Presidente el 5 de octubre de 2017, en el ejercicio de su función de presidir el Consejo Directivo con voz y voto dentro del mismo *conforme con los estatutos*, **conoció de la existencia del proceso de selección -por contratación directa- adelantado por la ACPP para la celebración de un convenio y específicamente de la necesidad de comprometer aportes en dinero de la corporación para la adjudicación y celebración del mismo, este último asunto indispensable -por razón del artículo 5 del Decreto 92 de 2017 del Presidente de la República¹⁸⁴-**, sin el cual no podría haberse celebrado el convenio por la vía de la contratación directa.

63. Si bien es cierto que en la mencionada Acta no quedó constancia alguna de las intervenciones y consideraciones efectuadas por el Consejo Directivo, como tampoco consta expresamente que se hubiera aprobado el aporte económico sometido a consideración del Consejo Directivo, lo cierto es que, luego de llevarse a cabo dicha reunión, ya iniciadas las tratativas con la entidad por parte de Murraín Knudson, el Gerente General de la ACPP le envió al señor Antanas Mockus, como Presidente de Corpovisionarios, el Oficio de 11 de octubre de 2017¹⁸⁵ mediante el cual lo invita a presentar propuesta para celebrar un convenio.

64. Lo anterior pone de presente una inconsistencia en el testimonio rendido por el Gerente General de la ACPP, que sirvió de sustento a la Sala mayoritaria para determinar que el representante legal de Corpovisionarios, Antanas Mockus, no tuvo participación alguna en las tratativas previas a la celebración del convenio, porque contrario a lo dicho por el testigo, el desarrollo temporal de los hechos mencionados corroboró que antes del envío de la invitación a presentar propuesta, el Director Ejecutivo ya había adelantado las tratativas, al punto que antes de efectuarse la invitación, el Consejo Directivo ya conocía la necesidad de aportar \$128.000.000 para la celebración del convenio.

65. Sobre esta base, no es posible explicar cómo es que el Director Ejecutivo de la Corporación adelantó las gestiones con el Gerente de la ACPP sin relacionar los

¹⁸³ Cuaderno principal N° 4, folio 571.

¹⁸⁴ Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

¹⁸⁵ Cuaderno Anexo N° 1, folio 39.

acercamientos de Corpovisionarios con la representación legal que tenía Antanas Mockus de ella, cuando lo testificado por el Gerente General señaló que se remitió la invitación a éste último porque era quien aparecía como Presidente de la Corporación en la correspondiente página web.

66. De suyo, aun cuando el Senador Anatanas Mockus, en su versión libre ante el Consejo Nacional Electoral señaló que no “movió un dedo para que se celebraran los convenios”, lo cierto es que ello ocurrió así porque para tal efecto encargó al Director Ejecutivo, al punto de que el propio Gerente de la ACP, luego de convenir con Murrain Knudson la necesidad de que Corpovisionarios aportara dinero al futuro Convenio de Asociación, dirigió la invitación a proponer directamente al señor Mockus, lo que pone de presente que en las tratativas previas era claro que, para la ACP, el señor Murrain Knudson no fungía como cabeza visible y responsable de la Corporación.

67. En este marco temporal, Antanas Mockus desde el 5 de octubre de 2017 conocía y sabía de las tratativas que su mandatario realizaba con la ACP, lo que explica que la propuesta técnica y económica de Corpovisionarios fuera suscrita mediante Oficio de 12 de octubre de 2017¹⁸⁶ por el Director Ejecutivo y no directamente por él, amén de que si el Director ejecutivo se hubiera presentado ante la ACP como el representante legal de Corpovisionarios, no resultaba plausible que con posterioridad a que el Consejo Directivo considerara el aporte dinerario, el Gerente General aún supusiera que debía enviar la invitación al señor Antanas Mockus.

68. En cuanto al Acta 54 del 5 de octubre de 2017, si bien es cierto que en ella no quedó constancia de que el Consejo Directivo aprobara el aporte dinerario de Corpovisionarios para la celebración del Convenio de Asociación 10 de 2017, hay indicios suficientes para derivar que la aprobación se efectuó por el Consejo Directivo, del cual es parte con voz y voto el Presidente en su calidad de representante legal, conforme con los siguientes hechos probados:

69. La propuesta suscrita por el Director Ejecutivo fue presentada el 12 de octubre de 2017, es decir, después de someter el 5 de octubre de 2017 a consideración del Consejo Directivo la necesidad de realizar el aporte económico.

70. La propuesta indicó que Corpovisionarios aportaría para la celebración del Convenio de Asociación, la suma de \$128.571.428, luego de haber sometido a consideración del Consejo Directivo dicho requerimiento.

71. Corpovisionarios expidió el certificado de disponibilidad presupuestal de N° 2017-100¹⁸⁷ del 5 de noviembre de 2017, a efectos de viabilizar la celebración directa del Convenio de Asociación, pese a que en el Acta 54 del 5 de octubre de 2017 no se dejó constancia de haber votado su consideración.

72. De acuerdo con el artículo 23 de los estatutos de Corpovisionarios, la corporación cuenta con un Consejo Directivo, con 9 miembros dentro de los cuales se encuentra el Presidente, quien participa en ella con voz y voto en los asuntos sometidos a consideración.

¹⁸⁶ Cuaderno Anexo N° 10, folio 130.

¹⁸⁷ Cuaderno anexo N° 10, folio 110. (Cuaderno Anexo N° 1 folio 94).

73. Es decir, aunque la literalidad del Acta 54 no permite establecer la aprobación del aporte económico por parte del Consejo Directivo, donde participaba el señor Antanas Mockus, los restantes hechos probados y la temporalidad de su desarrollo constituyen un indicio de que con anterioridad a la realización de la propuesta, tanto la ACPP como el representante legal de Corpovisionarios, por intermedio de su mandatario Murraín Knudson, convinieron la necesidad de que se efectuaran los aportes económicos a fin de que el Convenio de Asociación se celebrara en forma directa con los aportes económicos en la medida en que aun cuando no consta la votación para efectos de aprobarla, la propuesta técnica y económica señaló la realización de ese aporte y luego, conforme con ella, se expidió, a efectos de poder suscribir el convenio, el correspondiente certificado presupuestal. De no haber participado el señor Antanas Mockus en dicho Consejo Directivo o haber votado en contra de la aprobación de estos recursos, el acta hubiera dejado constancia de esos hechos relevantes.

74. De suyo, la participación de Mockus en este escenario resulta clara, por cuanto confió al Director Ejecutivo la realización de las tratativas que eran del su resorte de responsabilidad como representante legal de Corpovisionarios, estuvo en la sesión del 5 de octubre de 2017, en ella fue informado de los acercamientos y de la necesidad del aporte dinerario, así como de la elaboración de la propuesta en función de lograr la contratación con Corpovisionarios para desarrollar los temas de convivencia ciudadana.

75. Así mismo, teniendo en cuenta que el propio Antanas Mockus reconoció en su versión libre que la idea de la cultura ciudadana está asociada a su nombre y ha sido trabajada y desarrollada por Corpovisionarios, entidad sin ánimo de lucro de la cual es fundador y era Presidente durante todo el periodo inhabilitante, e incluso lo fue con posterioridad a ser electo Senador, y que los documentos que soportaron la fase previa a la celebración del Convenio, demuestran que el papel de Antanas Mockus como ideólogo del concepto de cultura ciudadana y como cabeza visible y reconocida de Corpovisionarios, pues era su Presidente y Representante Legal.

76. De igual manera, resulta evidente que Antanas Mockus, fundador, Presidente y representante legal de Corpovisionarios, es la base fundante que facilita a la Corporación su reconocimiento para desarrollar proyectos que relacionados con la cultura y la convivencia ciudadana, por lo que la ejecución de proyectos por parte de Corpovisionarios lleva consigo la asociación de tal entidad al nombre de Antanas Mockus.

77. Esta aseveración tiene fundamento en los documentos precontractuales desarrollados por la ACPP y por Corpovisionarios, así:

78. Oficio de 11 de octubre de 2017 de la ACPP –invitación para presentar propuesta- en donde se señaló: *“La Agencia de Cundinamarca para la Paz y el posconflicto –ACPP-, se encuentran interesa en suscribir con Corpovisionarios un convenio de asociación para implementar un ejercicio de visión compartida en veinte (20) municipios del departamento de Cundinamarca, durante el cuarto trimestre la presente vigencia. Lo anterior, a partir del enfoque de cultura ciudadana y de paz cotidiana, que contribuya a la construcción de una mirada diferente, por parte de la ciudadanía en el marco del posconflicto.*

79. Conforme con esta comunicación, lo pretendido con el objeto del convenio fue cumplir la meta de producto 274, denominada “Bienestar 2.200 jóvenes con formación en temas políticos, paz conflicto y emprendimiento durante el periodo de gobierno” del Plan de desarrollo departamental “UNIDOS PODEMOS MÁS”.

80. La propuesta de Corpovisionarios, presentada ante la ACPP el 12 de octubre de 2017, en donde se presenta como parte del equipo directivo al señor Aurelijus

Rutenis Antanas Mockus Sivickas¹⁸⁸; se incluyen en el presupuesto, entre otros, el “Transporte y viáticos de encuestadores, dinamizadores de talleres y del profesor Antanas Mockus”¹⁸⁹; en el acápite de la forma como se desarrollara el proyecto se incluye la intervención de Antanas Mockus, presidente de Corpovisionarios, en el lanzamiento del mismo¹⁹⁰; en la propuesta de trabajo se presenta una fotografía del señor Mockus Sivickas rodeado de otras personas¹⁹¹.

81. De las mencionadas pruebas, valoradas más allá de la literalidad propia de los documentos, se observa con claridad la relación inescindible que existe entre el nombre de Antanas Mockus Sivickas y la Corporación y que el proyecto de “convivencia ciudadana” se dirigía a cumplir una meta de formación en temas políticos, de paz, conflicto y emprendimiento en 2.200 jóvenes de Cundinamarca, población respecto de la cual y como producto del Convenio de Asociación 10 de 2017, la entidad sin ánimo de lucro representada legalmente por Antanas Mockus y asociada directamente a su nombre y trabajo político en función de la cultura ciudadana, tuvo oportunidad de desequilibrar la contienda electoral porque estar en contacto directo con masas electorales, en representación de la entidad departamental ACPP, implementando un proyecto que beneficia y satisface necesidades de ciudadanos, apalancado en el concepto de “cultura ciudadana” desarrollado por el Profesor Mockus, es una ventaja que ninguno de los restantes candidatos tuvo jugando a su favor.

82. Bajo este panorama probatorio, dejamos sentado nuestro salvamento de voto en el sentido de que el Senador Antanas Mockus participó de manera activa, real, trascendente y útil por medio del señor Murrain en la gestión y celebración de los negocios jurídicos cuestionados, toda vez que su mandatario ejerció de manera activa y determinante las diligencias de acercamiento con las entidades públicas contratantes y que cerró esa etapa de modalidad comercial con la suscripción de los convenios a nombre de Corpovisionarios, con ello incurrió objetivamente en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política, porque en su condición de representante legal de Corpovisionarios y por interpuesta persona, gestionó y celebró con la ACPP el Convenio de Asociación 10 de 2017.

4. Se configuró el elemento subjetivo de la causal

83. En cuanto al elemento subjetivo estudiado en la sentencia de la cual nos apartamos, el salvamento de voto se sustenta en dos aspectos.

84. El primero referido a que no había lugar a que la Sala mayoritaria hiciera pronunciamiento en la sentencia sobre el elemento subjetivo de la causal, pues se determinó que ni la condición de representante legal ni la conducta del Senador respecto de los convenios de asociación, daban lugar a que estuviera incurso en la causal de inhabilidad. En consecuencia, no había lugar a efectuar un análisis sobre un comportamiento que se estimó no ajustado al verbo rector de la causal, o lo que es igual, se consideró atípico en términos del derecho sancionatorio.

¹⁸⁸ Cuaderno Anexo N° 1, folio 41.

¹⁸⁹ Cuaderno Anexo N° 1, folio 43.

¹⁹⁰ Cuaderno Anexo N° 1, folio 45.

¹⁹¹ Cuaderno Anexo N° 1, folio 52.

85. El segundo consistente en que, conforme a la valoración probatoria de los elementos que obran en el proceso, estimamos que el elemento subjetivo de la causal quedó configurado, como se explicará a continuación.

4.1. El Senador es responsable de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 superior

86. Se concluye la configuración del elemento subjetivo, bajo los siguientes razonamientos:

87. El juicio de responsabilidad ético-política de los congresistas es de raigambre constitucional y tienen carácter especial en el derecho sancionatorio. Ello es así porque a diferencia de otras manifestaciones del ius puniendi del Estado, en el caso de la pérdida de investidura el Constituyente previó una única sanción, la más grave, a efectos de garantizar que quienes lleguen al Congreso de la República respondan a los máximos estándares de moralidad, transparencia y observancia de los deberes, en tanto los principios y valores que subyacen en esta potestad sancionatoria no son otros que aquellos fundamentales del estado social de derecho –la democracia, la participación y el pluralismo–.

88. En otras palabras, el juicio de culpabilidad, en el caso de la pérdida de investidura, resguarda que a la mínima infracción del congresista, el Estado proteja la democracia fundante, respondiendo para tal efecto con una única y máxima sanción, la pérdida de investidura y de sus derechos políticos.

89. Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia SU-501 del 6 de agosto de 2015, que analizó para el efecto la sentencia C-237 de 2012, lo siguiente:

“[...] 51. Sobre este especial énfasis, la jurisprudencia ha delimitado varios de los aspectos más relevantes que caracterizan al proceso de pérdida de investidura como un proceso jurisdiccional especial. No obstante, existen ciertos elementos de la pérdida de investidura que no han sido fijados por la doctrina constitucional debido a la escasa regulación que la propia Constitución realizó sobre su procedimiento, el cual, adicionalmente, debe ser observado con estricto rigor dado su carácter estricto y restringido. Como explicó la sentencia C-237 de 2012¹⁹² “la pérdida de la investidura tiene a la Constitución de 1991 como fuente principalísima en su regulación, lo que hace relevante el hecho que algunas de las disposiciones constitucionales tienen eficacia jurídica directa”.

52. Así por ejemplo, se ha controvertido la necesidad de establecer el grado de culpabilidad del procesado, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que juzga el incumplimiento de obligaciones disciplinarias sobre la conducta del representante popular.¹⁹³ En efecto, en el proceso de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción, pues como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un sistema que establece una sanción de manera rígida y única, la pérdida de investidura.

53. Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de “ius puniendi

¹⁹² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹³ Sobre esta discusión vale la pena resaltar la aclaración de voto del Consejero de Estado Hugo Fernando Bastidas Barcenás a la sentencia de pérdida de investidura PI-2009-00708-00, en la que señaló que la acción de pérdida de investidura tiene un carácter punitivo dentro del cual es necesario la comprobación previa de los elementos subjetivos de la falta. En el voto concurrente se señaló: “[l]a acción de pérdida de investidura debe desencadenar un proceso gobernado por esos principios, en especial, el principio de presunción de inocencia. El dolo y la culpa son lo incorrecto de una conducta que, por ende, merece el reproche jurídico pertinente, vale decir, la condigna sanción. Imponer una sanción solo por el mero resultado es injusto.” En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

estatal¹⁹⁴, carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción rígida en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos. En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción rígida y única, la pérdida de la investidura [...] (Negritas fuera de texto)”.

Precisado lo anterior, el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad. [...]”¹⁹⁵

90. De suyo, se exige de quienes pretenden ser congresistas y de quienes acceden a dichos cargos por elección popular el máximo grado de probidad, de transparencia, de observancia –diligencia, cuidado y prudencia-, por lo que no resulta posible efectuar el juicio de responsabilidad subjetiva con el mismo rasero con que se juzga el comportamiento de un ciudadano ordinario, es decir, en estos casos no procede el juicio bajo los estándares del buen padre de familia o del buen hombre de negocios, en tanto lo que se protege la democracia como principio y valor constitucional, respecto del cual lo que aplica es un mandato de optimización que conlleva a perseguir la mayor protección posible para el mismo.

91. De lo anterior se concluye que no son aplicables en el análisis subjetivo de la pérdida de investidura los conceptos de culpa grave, culpa leve y culpa levísima de que trata la legislación civil o la disciplinaria, pues este esquema de reproche subjetivo responde al cumplimiento de obligaciones y deberes entre particulares y se finca en el comportamiento esperado de un buen padre de familia o de un buen hombre de negocios, cuando la estructuración de la pérdida de investidura responde a una lógica muy distinta: la democracia como principio del Estado Social de Derecho, la máxima conducta ejemplar esperada de quienes acceden al poder democráticamente y representan al pueblo, así como los mayores estándares de cumplimiento.

92. En esta línea, la fase subjetiva de la pérdida de investidura implica un análisis de la conducta del sujeto desde la perspectiva de la intención de incurrir en la prohibición, es decir, el conocimiento que se tiene de la existencia de la prohibición y la voluntad de separarse del precepto –dolo-, y de la incursión en ella por cualquiera de las circunstancias que constituyen culpa, es decir: negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes, pues se entiende que la culpa es una omisión de la conducta debida.

93. Estas circunstancias que atañen al juicio de culpabilidad se diferencian de las causales de justificación de la conducta, porque éstas afectan la antijuridicidad de la conducta. Este concepto incluye como causales justificativas de la infracción la fuerza mayor, el caso fortuito, el error invencible en la prohibición o en el tipo.

94. En el caso de la inhabilidad relativa a la intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos, hay tipicidad cuando quien quiere ser candidato, dentro del periodo inhabilitante, gestiona los negocios directamente o por interpuesta persona, y/o cuando celebra contratos de manera directa o por interpuesta persona.

¹⁹⁴ Sentencias SU-400 de 2012 (M.P. Adriana M. Guillén Arango) y SU-399 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Elizabeth García González, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 81001-23-39-000-2015-00081-01.

95. Conforme con ello, estaría justificada la conducta si se acreditó que el congresista gestionó y/o celebró los contratos, directamente o por interpuesta persona, en virtud de una situación constitutiva de fuerza mayor, caso fortuito o error invencible en la prohibición o en el tipo.

96. Sobre el juicio de culpabilidad, se tiene que, en el caso de los parlamentarios, de no encontrarse acreditada una causal que justifique el comportamiento, la infracción del deber de diligencia mínimo da lugar a la pérdida de investidura, en tanto, de haberse actuado conforme a los estándares esperados para quien es Congresista, la infracción del ordenamiento constitucional no habría acaecido.

4.2 El elemento subjetivo en el caso en concreto

En cuanto al Senador Antanas Mockus y la inhabilidad analizada, las probanzas acreditan plenamente que:

97. Dadas sus condiciones personales, profesionales, académicas y su experiencia en el ejercicio de cargos de elección popular, conocía que la inhabilidad se configura cuando se contrata con una entidad del Estado dentro de los 6 meses anteriores a la elección, siempre que tal contratación territorialmente coincida con la circunscripción en la que se llevarán a cabo las elecciones, que en su caso era circunscripción nacional.

98. Las probanzas acreditan que era de su conocimiento que tener la calidad de representante legal de Corpovisionarios lo inhabilitaba, al punto que los argumentos de su defensa se centraron en demostrar que se había desprendido de tal condición, pese a que para todos los efectos legales y ante la sociedad en general, durante el periodo inhabilitante, figuraba como tal y no realizó actuación alguna que condujera a desprenderse de la misma, conforme lo prevé el ordenamiento.

99. Como candidato le era exigible una conducta de máxima transparencia y moralidad, a partir de la cual tenía el máximo deber de diligencia y cuidado para asegurarse de que su condición personal como representante legal de Corpovisionarios, la delegación de los asuntos contractuales al Director Ejecutivo, la ausencia de inscripción en el registro mercantil de la calidad de representante legal en cabeza del señor Murraín Knusdon, junto con la gestión y celebración de los Convenios por parte de su mandatario, lo inhabilitaban o no.

100. Por contrario, no realizó actuación alguna encaminada a tal fin, pues ninguna probanza obra en este sentido, de la cual se pueda inferir que su actuación estuvo amparada a la luz de alguna causal de justificación o que condujo su actuación para determinar si reunía o no los requisitos constitucionales para hacerse elegir congresista.

101. En efecto, conforme con lo probado, Antanas Mockus tenía, como mínimo, tres escenarios posibles para afrontar tales circunstancias: i) no presentar su candidatura, ii) dejar de ser el Representante Legal de Corpovisionarios o efectuar las modificaciones correspondientes en la inscripción del registro mercantil, a efectos de que su mandatario ocupara la posición de representante legal iii) no gestionar ni celebrar los Convenios de Asociación con las entidades estatales.

102. Ante la posibilidad de gestionar a nombre de Corpovisionarios la celebración de los Convenios por intermedio del Director Ejecutivo, debió apartarse de su intención de ser Senador o por lo menos de la representación legal en la forma

prevista para ello por el ordenamiento y abstenerse de participar en las decisiones que viabilizaron económica y funcionalmente la contratación.

103. Además, debió evitar que su nombre fuese utilizado como elemento central de las ofertas y propuestas que se presentaron por Corpovisionarios a las entidades públicas, y abstenerse o impedir que en su nombre se le fijaran roles, trabajos y actividades en las propuestas correspondientes.

104. Como quiera que sus propias declaraciones (que tampoco fueron valoradas en el fallo del cual nos apartamos), le resultaba diáfano al señor Mockus que el señor Murraín, en virtud de la “delegación” lo representaba a él, como se desprende de lo dicho en su versión libre, así:

*PREGUNTADO. Según los estatutos de Corpovisionarios por Colombia, y el certificado de existencia y representación legal de esa entidad sin ánimo de lucro, son funciones del presidente, representar legal y socialmente a la Corporación, si en un acto interno de Corpovisionarios por Colombia se delegó la representación legal de la misma al director ejecutivo, que sucedió con la representación social. CONTESTÓ. Mi introducción señala, **Henry es una persona muy capaz de todo modos, por muy capaz que sea no es el fundador de la idea de la cultura ciudadana, él ha ayudado al desarrollo del enfoque por ejemplo en una revista francesa (...) yo estoy en Corpovisionarios desde su fundación, mi reputación y mi prestigio están ligados a lo que hace la corporación, la representación social yo la interpretaría como sería muy ilógico decir que entiendo por representación social la actuación, entiendo claramente la conexión, la representación social es un término jurídico que quedó así en los estatutos, es un poco una expresión latina, Henry me representa muy bien en los asuntos de representación social y en los eventos internacionales...** PREGUNTADO. Usted conoció el hecho de la firma del convenio de asociación n°. 000010/2017 del 9 de noviembre de 2017, con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, como Presidente de Corpovisionarios por Colombia, de su ejecución y las actividades por realizar para cumplir el objeto contractual. CONTESTÓ. Yo no moví un dedo para que fuera aprobado o desaprobado el tema, fue un asunto del director ejecutivo (F. 713 a 715 c. anexo 9). Resaltado fuera de texto.*

105. A nuestro juicio, las probanzas analizadas a lo largo de este salvamento, dejan claro que el Senador Mockus Sivickas no atendió a las normas jurídicas, por cuanto decidió, en forma deliberada, confiar en su propia percepción de lo que en términos jurídicos y respecto de los efectos legales, supone la representación legal, el mandato con representación, la inhabilidad en sí misma, la gestión de negocios y la celebración de contratos con el Estado, y porque previendo la posibilidad de estar inhabilitado, solicitó licencia remunerada para apartarse de la representación legal y presentarse a la contienda, lo cual demuestra que conocía la norma y no la atendió.

106. De ello se concluye que Antanas Mockus infringió al deber de diligencia que le es exigible –el máximo y no el de cualquier ciudadano–, porque conociendo la inhabilidad omitió dirigir sus actuaciones para asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser elegido Senador.

107. Contrario sensu, en razón de su condición de Representante Legal de Corpovisionarios, intervino en la gestión y en la celebración de los convenios, por intermedio de su mandatario, el Director Ejecutivo, para que la entidad sin ánimo de lucro presentara propuestas ante las entidades y celebrara los Convenios de Asociación durante el periodo inhabilitante, siendo de su pleno conocimiento, e incluso de su plena convicción, que el patrimonio de Corpovisionarios se encuentra indefectiblemente ligado al nombre de Antanas Mockus y no al del

señor Murraín, como se desprende de lo transcrito anteriormente de su versión libre.

5. Conclusiones frente a la sentencia proferida

108. Las consideraciones hasta aquí expuestas, en nuestro criterio revelan que la decisión adoptada pasó por alto aspectos relevantes de los hechos probados, que debieron ser analizados a luz de las normas que regulan los mismos, y por supuesto, bajo la óptica de la jurisprudencia de la Corporación, que ha destacado, en casos como el de autos, la obligación del juez de desentrañar la verdad procesal en aras de precisar si por interpuesta persona o valiéndose de institución jurídicas como las personas jurídicas o la “delegación” se celebraron contratos o gestionaron negocios en el periodo inhabilitante.

109. La conducta desarrollada por el Senador Antanas Mockus atentó y contrarió la objetividad, transparencia e igualdad que caracterizan el proceso electoral, con el que propició que la administración pública suscribiera por vía de la contratación directa, un convenio de asociación que permitió a Corpovisionarios poner en escena el nombre del senador, quien fungió como representante legal de la misma durante el periodo inhabilitante, es decir, ante el electorado, tuvo una posición de privilegio respecto de los demás contendientes, que por demás revierte en una especie de financiamiento del candidato a través de la contratación estatal, como de manera reiterada lo ha indicado la jurisprudencia¹⁹⁶.

110. Los argumentos expuestos no efectúan una interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, ni abogan porque se inaplique el principio *pro homine* en la materia, simplemente (i) se opta por una lectura y aplicación de los postulados normativos con efecto útil, (ii) se propicia que los fines que persigue la garantía del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se materialicen y (iii) se propugna porque se combatan las conductas con apariencia de buen derecho que, a partir de posiciones formales, atentan contra los principios que rigen las contiendas electorales y esquivan las sanciones que el ordenamiento jurídico ha previsto en protección de la participación democrática en un Estado Social del Derecho.

¹⁹⁶ Consultar: (i) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad. 70001-23-33-000-2016-00274-01(PI), M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. (ii) Consejo Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de mayo de 2018, Rad. 17001-23-33-000-2016-00473-01(PI), M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. (iii) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de mayo de 2017, Rad. 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI), M.P. María Elizabeth García González. (iv) Consejo de Estado, Sección Primera, fallo del 27 de octubre de 2017, Rad. 25000-23-42-000-2015-06456-01(PI), M.P. Oswaldo Giraldo López. (v) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2004, Rad. 07001-23-31-000-2003-02315-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. (vi) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 4 de septiembre del 2014, Rad. 08001-23-33-000-2013-00249-02, M.P. Guillermo Vargas Ayala. (vii) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 8 de mayo del 2014, Rad. 70001-23-33-000-2012-00094-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso. (viii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo del 2012, Rad. 70001-23-33-000-2012-00094-01, M.P. Mauricio Torres Cuervo. (ix) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de agosto del 2010, Rad. 68001-23-31-000-2009-00475-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso. (x) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 21 de mayo del 2009, Rad. 66001-23-31-000-2008-00208-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso. (xi) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de diciembre del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-03195-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. (xii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de noviembre del 2005, Rad. 11001-03-28-000-2003-00042-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla. (xiii) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 10 de noviembre del 2005, Rad. 11001-03-28-000-2003-00044-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. (xiv) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de octubre del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01211-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla. (xv) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de octubre del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-03192-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica. (xvi) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre del 2005, Rad. 76001-23-31-000-2003-04378-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. (xvii) Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 4 de septiembre del 2005, Rad. 15001-23-31-000-2003-02901-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica. (xviii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de abril del 2005, Rad. 25000-23-24-000-2003-01080-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. (xix) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de octubre del 2004, Rad. 41001-23-31-000-2003-1294-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. (xx) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de agosto del 2004, Rad. 76001-23-31-000-2003-4288-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. (xxi) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de agosto del 2004, Rad. 07001-23-31-000-2003-2315-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

111. Es preocupante que a partir de criterios interpretativos como el desarrollado en el fallo del 8 de octubre de 2019, bajo el argumento de no entrar a analizar la validez o la oponibilidad de los actos relacionados con los contratos o las tratativas objeto de análisis, se deje de desentrañar la verdad, y que con apoyo en tal postura interpretativa se permita, o más bien, se abra la puerta a que los candidatos, mediante actos de “delegación” o un supuesto “desprendimiento de la facultad de representación legal” no autorizada ni posibilitada legalmente, gestionen y celebren contratos por interpuesta persona y se beneficien de los mismos durante la campaña electoral.

112. Resulta necesario destacar que aunque el fallo en cuestión hace alusión a que se puede incurrir en la causal de que trata el artículo 179.3 superior mediante interpuesta persona, en el análisis del caso concreto, finalmente se exigió una prueba que indicara que el demandado a viva voz o de su puño y letra firmó los contratos o gestionó los mismos, lo cual sólo conduce a que la prueba en estos casos resulte diabólica, pues resulta obvio que si se actúa por interpuesta persona, hallar el rastro del comportamiento en la literalidad documental resulta, a la postre, casi imposible.

113. En nuestro criterio, en el caso sub examine la Sala mayoritaria desconoció el deber y la necesidad de desentrañar la verdad de los supuestos fácticos, pues aunque el plenario corrobora que Antanas Mockus no se deprendió en el período inhabilitante de su condición de representante legal y que actuó a través del Director Ejecutivo bajo una relación de mandato, informado y con pleno conocimiento de las actuaciones realizadas, se desconocen otros hechos probados que indican que el objeto social para el cual fue fundada Corporvisionarios y su reconocimiento como entidad exitosa en la ejecución de proyectos asociados a las políticas públicas, se deben en buena parte a que su fundador es el propio senador y a su trayectoria en la vida política del país.

114. El desconocimiento de esos hechos y la ausencia del análisis de los indicios de los que da cuenta el proceso, parecen no darle importancia a la democracia como principio constitucional, pues ad portas de iniciarse el período de campañas electorales para el Congreso de la República, resulta de inmediata asociación la labor que emprende la mencionada persona jurídica para trabajar proyectos de cultura y convivencia ciudadana, representada legalmente por Antanas Mockus y asociada directamente a su nombre, a partir de los cuales el ideario desarrollado por él fue conducido hacia las masas electorales.

115. Por todos los argumentos expuestos, reiteramos que el fallo dictado por la Sala mayoritaria conduce a una interpretación que anula el efecto útil de la disposición; desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado; inaplica sin justificación distinta a la literalidad de la causal, las normas que regulan los actos mercantiles y la representación legal de las personas jurídicas de derecho privado y arriesga la efectividad de la figura, so pretexto de aplicar los principios *pro homine*, soslayando el principio *pro electoratem*.

En los términos expuestos dejamos sentado nuestro salvamento de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Magistrado

Fecha *et supra*,

