



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00121-01 (PI)

Actor: EFRÉN VARGAS ALMANZA

Demandado: GONZALO DUARTE GALLO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de junio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura del concejal del municipio del Espinal Gonzalo Duarte Gallo.

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda y las pretensiones

El ciudadano Efrén Vargas Almanza acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pretendiendo que se declare la pérdida de investidura del concejal del municipio del Espinal Gonzalo Duarte Gallo, elegido como tal para el periodo constitucional 2012-2015, y que como consecuencia de ello se ordene la cancelación de su credencial electoral y se oficie a las entidades correspondientes para que cumplan la sentencia.

1.2. Hechos que fundamentan la demanda

Los hechos que fundamentan la demanda se sintetizan así:

1.2.1.- El señor Gonzalo Duarte Gallo fue elegido concejal del municipio del Espinal para el periodo constitucional 2012-2015, tal y como lo certifica el formulario E-27 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a pesar de que había sido condenado a pena privativa de la libertad de 5 años y 2 meses por los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado.

1.3. La causal de pérdida de investidura invocada y sus fundamentos.

1.3.1.- Considera el demandante que los hechos anteriormente descritos constituyen causal de pérdida de investidura según las voces del artículo 43 numeral 1 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, habida cuenta de que el demandado

violó el régimen de inhabilidades toda vez que no podía ser elegido concejal por haber estado condenado a pena privativa de la libertad por sentencia judicial.

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1.- El demandado, por intermedio de su apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor bajo la consideración de que la solicitud pérdida de investidura se encuentra desprovista de sustento probatorio que la acredite. En ese sentido advierte que en el proceso no hay plena prueba de que haya sido condenado a pena privativa de la libertad.

2.- LA SENTENCIA APELADA

2.1.- El Tribunal Administrativo del Tolima decretó la pérdida de investidura del demandado en atención a que, en su criterio, éste violó el régimen de inhabilidades de los concejales, toda vez que fue electo a pesar de haber sido condenado a pena privativa de la libertad, tal y como lo certificaron tanto el Juzgado Primero Penal Municipal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, como la Sala Penal del Tribunal Superior del Circuito Judicial de Bucaramanga.

2.2.- A más de las aludidas certificaciones, el *a quo* tuvo en cuenta la sentencia judicial definitiva proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la que se condena al demandado a pena privativa de la libertad por la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en concurso con hurto calificado y agravado.

2.3.- En lo relacionado con la constancia de ejecutoria de la aludida sentencia, el Tribunal señaló que si bien no había sido posible que se remitiera al proceso la constancia respectiva, el hecho de que el expediente fuera devuelto por la Sala Penal del Tribunal al Juzgado de origen y posteriormente al Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Bucaramanga, demostraba que el fallo estaba ejecutoriado y por tanto quedaban acreditados todos los supuestos de la inhabilidad prevista en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

3.- EL RECURSO DE APELACIÓN

3.1.- Mediante escrito visible a folios 546 a 551 del cuaderno No. 1, el demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda en tanto que, contrario a lo afirmado por el Tribunal Administrativo del Tolima, no se probó en el proceso que se hubiere proferido una sentencia penal en su contra.

3.2.- Considera que la copia remitida por el Tribunal Superior de Bucaramanga – Sala Penal no puede tenerse como auténtica dado que no proviene del documento original. Además, advierte que el mismo Tribunal, mediante oficio 5.721 de 19 de mayo de 2015, había asegurado que *“en esta sala especializada no se ha tramitado proceso penal contra Gonzalo Duarte Gallo”*. En tal orden, asegura que la copia remitida al proceso de pérdida de investidura carece de idoneidad por no provenir del documento original y que la sentencia penal no existe.

3.3.- Señala que, sumado a lo anterior, el Tribunal pasó por alto la circunstancia de que las copias de la sentencia penal no tienen sello o constancia de ejecutoria, lo cual impide llegar a la certeza de que en el proceso penal se le haya condenado en primera instancia.

3.4.- Agrega que en el curso del proceso disciplinario que se siguió en la Procuraduría por estos mismos hechos, el Tribunal Superior de Bucaramanga – Sala Penal aseguró que en dicha dependencia judicial no reposaba el fallo proferido en su contra, lo que demuestra que el expediente no reposa en dicha instancia judicial, quedando así demostrado que no se puede acreditar la existencia de la condena debidamente ejecutoriada.

3.5.- Que en virtud de todo lo anterior, el Tribunal Administrativo del Tolima debió denegar las pretensiones de la demanda toda vez que no se acreditó en el proceso la existencia de una condena penal ejecutoriada, lo cual es a todas luces necesario para que prospere la solicitud de pérdida de investidura.

4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1.- El actor

No presentó alegatos de conclusión según se desprende del informe secretarial visto a folio 21 del cuaderno No. 2.

4.2.- El demandado

No presentó alegatos de conclusión según se desprende del informe secretarial visto a folio 21 del cuaderno No. 2.

4.3.- Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Sección, en la oportunidad legal correspondiente, emitió concepto en el presente asunto, en el cual se muestra partidario de confirmar la sentencia del Tribunal por considerar que el hecho de que los documentos que acreditan la existencia de la sentencia penal en contra del demandado no fueron tachados de falsos. En ese orden asegura que si bien la sentencia remitida por el Tribunal Superior de Bucaramanga no proviene del documento original sino de una copia auténtica, ello no le resta valor probatorio a la luz de lo consagrado en la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

5.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto planteado, previas las siguientes **CONSIDERACIONES**

5.1.- Legitimación por activa

De conformidad con los artículos 1º y 4º de la Ley 144 de 1994¹ la solicitud de *pérdida de investidura* puede ser formulada por cualquier ciudadano.

El actor, señor Efrén Vargas Almanza acreditó tal calidad en la presentación del líbello de la demanda. De su calidad de ciudadano se derivan los derechos políticos que, en concordancia con los artículos 40, 98 y 99 de la Carta lo legitiman para solicitar la pérdida de investidura del concejal demandado.

5.2. Legitimación por pasiva

5.2.1.- Se encuentra acreditado que el demandado ostentó la calidad de concejal del municipio del Espinal, período 2012 -2015, según certificación expedida por la Secretaría del Concejo Municipal del Espinal que obra a folio 116 del cuaderno número 1.

5.2.2.- Conforme lo anterior, el acusado es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de la investidura que en su contra ha sido incoada según lo dispone el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

5.3. Competencia de la Sala

5.3.1.- La Sala es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo

¹ Aplicable en estos procesos por virtud de la remisión normativa efectuada en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

2º de la Ley 617 de 2000, que instituye la segunda instancia para tales procesos y, de otra, atendiendo el artículo 1º, sección primera, numeral 5, del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, en donde se establece que el recurso de apelación de las sentencias de pérdida de investidura proferidas por los Tribunales Administrativos son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

5.4. El problema Jurídico a resolver.

Atendiendo las razones de la alzada, le corresponde a la Sala dirimir si los documentos allegados al proceso dan cuenta de que el demandado fue condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad que configure la inhabilidad que se pregonaba en la demanda, y que a su vez conlleva a la causal de pérdida de investidura alegada, esto es, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

5.5.- La respuesta al problema jurídico.

5.5.1.- Estudiado el recurso de apelación que convoca la atención de la Sala, se advierte que sus argumentos redundan en la idoneidad de las pruebas documentales tendientes a demostrar la existencia de una sentencia penal proferida contra el demandado, a razón de que tales documentos no pueden tenerse como copia auténtica y en consecuencia no prestan el mérito probatorio que les otorgó el *a quo*.

5.5.2.- La postura asumida en la apelación radica en que la sentencia remitida al proceso por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga no es copia auténtica. Pues bien, para Sala este argumento no encuentra sustento jurídico para demeritar el fallo

impugnado, razón por la cual será confirmado teniendo en cuenta las siguientes razones:

5.5.3.- El valor probatorio de las copias simples.

5.5.3.1.- Las recientes reformas introducidas a los códigos procesales² se inclinan por estatuir disposiciones que obedezcan a los postulados constitucionales que otorgan preeminencia al derecho sustancial sobre el formal, de manera que se favorezcan los fines esenciales del proceso por encima de los rigorismos formales que de antaño obstaculizaban la labor del Juez y los derechos de las partes.

5.5.3.2.- Así, en un primer momento, el Legislador, al expedir la Ley 1395 de 2009³, introdujo una modificación al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil en el sentido de presumir la autenticidad de los documentos suscritos por las partes que fueran allegados al proceso, sin que para ello fuera necesario la presentación personal o la autenticación. Se trató de un cambio radical en procura de adoptar medidas legislativas acordes con los principios de buena fe, lealtad

² En ese sentido se tienen la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se dictan medidas en materia de descongestión judicial”, la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” y la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”

³ Ley 1395 de 2010. “Artículo 11. El inciso 4o del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

procesal, eficacia, economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial.

5.5.3.3.- En la misma línea de pensamiento, el artículo 215 del CPACA, Ley 1437 de 2011⁴, señala que las copias allegadas se presumen auténticas salvo prueba en contrario, correspondiendo a las partes o sujetos procesales promover el incidente de tacha de falsedad cuando estimen que las copias no concuerdan con su original o son apócrifas. Se observa en esta regulación que la presunción de autenticidad no solo se predica de los documentos manuscritos, firmados o elaborados por las partes, sino de todos aquellos que se pretendan hacer valer en el proceso.

5.5.3.4.- En similares términos, los artículos 244, 245 y 246 de la Ley 1564 de 2012⁵ - CGP, mantienen la tendencia de las disposiciones

⁴ Ley 1437 de 2011. "Artículo 215. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.

⁵ Ley 1564 de 2012. "Artículo 244. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

explicadas anteriormente, habida cuenta de que en ellos se consagra la posibilidad de que los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros se presuman auténticos sin importar si fueron aportados al proceso en original o copia, presunción que podrá ser desvirtuada por los sujetos procesales interesados aportando las pruebas para ello o tachando de falsedad los correspondientes documentos.

5.5.3.5.- Siguiendo las reglas fijadas en nuestro ordenamiento jurídico y en particular lo dispuesto por artículo 215 del CPACA, norma que resulta aplicable a este tipo de procesos, la Sala encuentra acertado el razonamiento hecho por el Tribunal en el sentido de otorgar valor probatorio al documento obrante a folios 497 a 504 del cuaderno No. 1, contentivo del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 29 de marzo de 1996, en el que se confirmó la sentencia de 7 de noviembre de 1995 dictada por el Juzgado 12 Penal de Circuito de Bucaramanga, que condenó al señor Gonzalo Duarte Gallo a la pena principal de 5 años y

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

Artículo 245. Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

Artículo 246. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

2 meses de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, por el concurso de los delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y hurto calificado y agravado.

5.5.3.6.- A folio 506 del cuaderno No. 1, se advierte que el Tribunal corrió traslado a las partes de la referida prueba documental por el término de 3 días para efectos de que ejercieran su derecho de contradicción, sin que en dicho término la parte demandada hiciera manifestación alguna. En consecuencia, al documento allegado al proceso se le debe otorgar el mismo valor de la sentencia original según las voces del pluricitado artículo 215 del CPCA. En otros términos, como quiera que no se demeritó la validez del documento contentivo de la sentencia penal, esta se presume auténtica para todos los efectos probatorios.

5.5.3.7.- Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que le asiste razón al Ministerio Público cuando advierte que esta Corporación se ha pronunciado en lo relativo a la validez de las pruebas documentales tendientes a demostrar la existencia de la sentencia penal condenatoria en los siguientes términos:

“Las copias que fueron aportadas sin el requisito de autenticación previsto en el artículo 254 del CPC, para la Sala son válidas, pues en primer lugar, fueron allegadas al proceso por autoridades como soporte de los hechos que certifican según información que registran sus archivos; y, de otra parte, se surtió respecto de las mismas el

principio de contradicción, sin que el demandado desconociera el contenido y veracidad de los documentos⁶.

En conclusión, existe certeza sobre uno de los elementos que estructuran la causal invocada y que consiste en la **condena** que le fue impuesta al demandado por hechos acaecidos con anterioridad a la Constitución Política de 1991, **a una pena privativa de la libertad de arresto de 18 meses.**"⁷

5.5.3.8.- Sumado a lo dicho, resulta del todo relevante recordar que existen en el plenario más pruebas documentales que acreditan la existencia de la condena penal impuesta al demandado. En efecto, a folios 16 y 232 del cuaderno No. 1 se aprecia la certificación emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito que da cuenta de la condena impuesta al señor Duarte Gallo por el concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego y hurto calificado y agravado, además de la certificación proveniente de la secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga⁸ en la que informa sobre la decisión adoptada en esa Corporación y que confirma la condena penal impuesta al demandado.

⁶ Sobre el valor de las copias sin autenticación que hacen parte del acervo probatorio, frente a las cuales las partes han guardado silencio, ha precisado la Sección Tercera de la Corporación, que el juez en aplicación de los principios de buena fe y lealtad procesal, *"reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas."* Véase sentencias de 7 de marzo de 2011. Exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero, de 18 de enero de 2012. Exp. 1999-01250 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y de 29 de agosto de 2012 Exp. 25.276., M.P.: Enrique Gil Botero.

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de octubre de 2013 dictada dentro del radicado 11001-03-15-000-2011-01408-00. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Folios 216 y 217 del cuaderno No. 1

5.5.3.9.- Todo lo visto permite a la Sala concluir que la providencia objeto del recurso de apelación debe ser confirmada, tal y como se ordenará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de 23 de junio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que decretó la pérdida de investidura del concejal del municipio del Espinal Gonzalo Duarte Gallo.

Segundo.- En firme esta decisión, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA