

Sentencia SU326/22

Expediente: T-7.835.841

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en contra de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Magistrado ponente:
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión de los fallos de tutela dictados, en primera instancia, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 2 de julio de 2019; y, en segunda instancia, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación el 21 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos probados

1. El ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, en adelante Antanas Mockus, fungió como Presidente y Representante Legal de la Corporación Visionarios por Colombia, en adelante CORPOVISIONARIOS,¹ desde el 14 de julio de 2006 hasta el 16 de marzo de 2018.²

2. En ejercicio de la facultad conferida en el artículo 29.5 de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, según la cual, son funciones del Presidente, entre otras, “*Delegar en el Director Ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las*

¹ Corpovisionarios es una entidad privada, sin ánimo de lucro, de naturaleza civil, constituida mediante Acta del 27 de julio de 2001 de Asamblea Constitutiva, e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá con el núm. 000445505 del Libro I de las entidades sin ánimo de lucro. Tiene por objeto 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 la paz.

² Ver Acta No. 3 de la Sala General del 14 de julio de 2006, inscrita 9 de agosto de 2006; y el Acta No. 22 de la Sala General del 16 de marzo de 2018, inscrita el 10 de mayo del mismo año, respectivamente.

funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral”,³el señor Antanas Mockus expidió la Resolución No. 1 del 4 de septiembre de 2006, por medio de la cual delegó en el Director Ejecutivo algunas de sus funciones como Presidente de CORPOVISIONARIOS, en los siguientes términos:

“PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN No. 1 DE 2006
(septiembre 4)

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 5° de los Estatutos de la Entidad,

RESUELVE

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.

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.*

[...]”.⁴ (negrita fuera de texto)

3. La anterior Resolución fue modificada en dos oportunidades. La primera, por medio de la Resolución No. 2 del 28 de junio de 2007⁵ y, la segunda, mediante la Resolución No. 3 del 10 de octubre de 2014.⁶ Ambas suscritas por el Presidente de CORPOVISIONARIOS, Antanas Mockus. En la última de ellas se decidió lo siguiente:

“PRESIDENCIA

³ **“ARTÍCULO 29. FUNCIONES.** *Son funciones del Presidente:*

[...]

5. Delegar en el Director Ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral.

[...]”

⁴ Ver págs. 186-187 del documento “2018-02417-01 Cuaderno Principal 4.pdf” contenido en la carpeta “Pruebas recibidas-Proceso pérdida de investidura” del expediente electrónico.

⁵ Ver pág. 188 del documento “2018-02417-01 Cuaderno Principal 4.pdf” contenido en la carpeta “Pruebas recibidas-Proceso pérdida de investidura” del expediente electrónico.

⁶ Ver pág. 191 del documento “2018-02417-01 Cuaderno Principal 4.pdf” contenido en la carpeta “Pruebas recibidas-Proceso pérdida de investidura” del expediente electrónico.

RESOLUCIÓN No. 3 DE 2014
(octubre 10)

Por la cual se modifica la Resolución de Presidencia No. 2 de Junio 28 de 2007 en su Artículo 1º. 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 5º 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 (1.400) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual.*

[...]”⁷

4. Los anteriores actos de delegación no fueron inscritos en el registro de personas sin ánimo de lucro que por virtud de la ley lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, según consta en la certificación expedida por esa entidad el 4 de febrero de 2019.⁸

5. En el mes de noviembre de 2017, el señor Henry Samuel Murrain Knudson, en calidad de Director Ejecutivo de CORPOVISIONARIOS, suscribió dos “Convenios de Asociación”⁹ con entidades públicas. El primero, con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, en adelante ACPP,¹⁰ y el segundo, con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, en adelante UAESP.¹¹ El contenido general de estos Convenios es el que se detalla a continuación:

REFERENCIA	OBJETO DEL CONVENIO	VALOR TOTAL	PRÓRROGAS
------------	---------------------	-------------	-----------

⁷ Ibidem.

⁸ Documento visible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00080Cd/folio 382/Rta CRE030049498.pdf*

⁹ No obstante la denominación de cada uno de los acuerdos de voluntades y el objeto descrito en ellos, en realidad, se trató de sendos contratos estatales regidos esencialmente por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus decretos reglamentarios.

¹⁰ De acuerdo con el Decreto Ordenanzal núm. 0254 del 9 de septiembre de 2016, la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto es una unidad administrativa especial, del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio, adscrita o vinculada al Despacho del Gobernador de Cundinamarca.

¹¹ La UAESP es una unidad administrativa especial del orden distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y patrimonio propio, adscrita o vinculada a la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá.

1	Convenio de Asociación No. 000010 del 9 de noviembre de 2017¹²	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 privada cotidiana, con énfasis de trabajo en jóvenes.	Cuatrocientos veintiocho millones quinientos setenta y un mil cuatrocientos veintinueve pesos M/CTE (\$428.571.429)	Se prorrogó en dos (2) oportunidades y, por lo tanto, su vigencia se amplió hasta el 16 de marzo de 2018.
2	Convenio de Asociación No. 566 del 10 de noviembre de 2017¹³	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.	Seiscientos setenta y un millones novecientos cuarenta y tres mil ciento veintisiete pesos M/CTE (\$671.943.127)	Se prorrogó por (1) sola vez y, por lo tanto, su vigencia se extendió hasta el 18 de julio de 2018.

6. El “Convenio de Asociación” No. 000010 del 9 de noviembre de 2017, celebrado con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, contempló unas obligaciones específicas a cargo de la entidad contratista, a saber: “1. Recolectar información en los municipios donde se desarrollarán las actividades (de acuerdo a la propuesta). 2. Realizar dos (02) talleres de visión compartida con jóvenes y en igual número de municipios de Cundinamarca o en Bogotá. 3. Recolectar información complementaria a través del sitio web de la entidad, mensajes de texto y redes sociales (herramientas 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 un registro fílmico y fotográfico de cada una de ellas. 6. Realizar la entrega del documento que recopila las acciones ejecutadas junto con el 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, a saber: Apulo – Fosca - La Palma – Ubaque - Caparrapí - La Calera, San Bernardo, Zipacón - Cabrera - Gutiérrez, Sibaté – Viotá – Cajicá – Paratebuena - San Juan de Río Seco - Une - Beltrán – Chaguaní - Quipile – Susa. 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. En virtud de lo anterior, el asociado deberá contar con lo siguiente: 9.1. Contar con recurso humano especializado (conferencistas, ponentes, docentes y demás profesionales) requerido para el desarrollo apropiado de las actividades. 9.2. Designar las personas para que coordinen, con la supervisión del Convenio todas las actividades a realizar definidas en el Comité Técnico. 9.3. Organizar

¹² Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd/folio 24/PRUEBAS/10_CONVENIO CORPOVISIONARIOS.AGENCIA CUNDINAMARCA.pdf”.

¹³ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd/folio 24/PRUEBAS/12_CONVENIO 566 UAESP CORPOVISIONARIOS.pdf”.

los aspectos operativos y logísticos de los eventos de divulgación y comunicación interna y externa según requerimientos del proyecto y de la ACPP. 9.4. Contar con el recurso humano, técnico y tecnológico necesario para las grabaciones a las que haya lugar. 9.5. Cooperar con el diseño gráfico y de mensajes para la promoción y divulgación de actividades desarrolladas en el marco del Convenio en caso de requerirse. 9.6. Apoyar los procesos de sistematización, socialización y divulgación para el desarrollo de los eventos y actividades objeto del convenio. 9.7. Acompañar el registro de asistencia de participantes en los diferentes eventos y actividades que se ejecuten en desarrollo del presente Convenio.”

7. Además, en el numeral 4 se acordó el “**PLAZO DE EJECUCIÓN Y VIGENCIA DEL CONTRATO**” y en él se pactó que “El término de ejecución del presente contrato comienza a partir de la suscripción del acta de inicio y hasta el 22 de diciembre de 2017.” También en el numeral “**9. PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN**” se pactó que “De acuerdo a lo consagrado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 del 2007, concordante con el decreto 1082 de 2015, el presente convenio se entiende perfeccionado con el acuerdo de voluntades y la suscripción del mismo por las partes. Para que las partes puedan empezar a ejecutar el presente convenio se requiere: a) Expedición del registro de compromiso, b) Suscripción del acta de iniciación.” En el numeral “**10. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**”, se pactó que “Las partes convienen que en el evento de que surja alguna diferencia entre ellas con ocasión a la suscripción, ejecución, terminación y liquidación del convenio, acudirán a los mecanismos de solución directa de controversias, previstas en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993.” En el numeral “**11. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**”, se pactó que “La Corporación Visionarios por Colombia - CORPOVISIONARIOS, con la suscripción del presente Convenio, afirma bajo juramento que no se halla incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades y demás prohibiciones previstas en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, y demás disposiciones vigentes sobre la materia y que si llegare a sobrevenir alguna actuará conforme lo prevé el artículo 9° de la Ley 80 de 1993.” En el numeral “**12. SUPERVISIÓN**”, se acordó que “La supervisión del Convenio de Asociación será desempeñada por el Subgerente Técnico de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y/o quien el Ordenado (sic) de Gasto designe, conforme con las funciones de la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015. La supervisión contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional, por la entidad asociadas (sic) sobre las obligaciones a cargo de Corpovisionarios. La evaluación y control de la actividad se efectuará mediante informe escrito, el cual debe ser presentado conforme a los avances, progreso y/o retraso que pudieran suscitarse, los que se tendrán en cuenta para la aprobación de las cuentas de cobro y respectivo pago. En desarrollo de la supervisión se dará aplicación a las normas señaladas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 del 16 de julio de 2007, Ley 1474 de 2011 y decretos reglamentarios o disposiciones especiales que rijan la materia o que la modifiquen.” En materia de afiliación al sistema de seguridad social, se pactó que “de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, la Corporación Visionarios por Colombia CORPOVISIONARIOS, deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales incluido AER, relativos al sistema de seguridad

social integral para efectos de los desembolsos de aportes.” En el numeral “**14. LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO**” se pactó que “el presente Convenio será objeto de liquidación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007 y se realizará por mutuo acuerdo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación.” En el numeral 16 se pactó la Cláusula Penal Pecuniaria en los siguientes términos: “La Corporación Visionarios por Colombia - CORPOVISIONARIOS, se obliga para con la AGENCIA a pagar una suma equivalente al veinte (20%) del valor del convenio a título de estimación anticipada de los perjuicios que llegara a sufrir en caso de incumplimiento total de las obligaciones que adquiere en el presente Convenio. El valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados. Suma que la Corporación Visionarios por Colombia – CORPOVISIONARIOS, autoriza con la firma del Convenio a descontar directamente de los saldos adeudados. Lo anterior una vez se adelante el procedimiento de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, de lo cual se dejará constancia en el Acto Administrativo que declare el incumplimiento.” En el numeral 21 se pactaron las garantías exigidas y se estableció que la ESAL se comprometía a constituir a favor de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, una garantía de cumplimiento del Convenio que debía cubrir el correcto y buen manejo de los recursos; el cumplimiento del Convenio, la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales y una garantía de responsabilidad civil extracontractual. En el numeral 22 se relacionaron los “documentos del contrato que hacen parte integral del mismo”: 1. Los estudios previos; 2. La propuesta presentada por el Asociado; 3. El certificado de disponibilidad presupuestal; 4. Los demás documentos que se requieran en su desarrollo y ejecución.

8. A su vez, el “Convenio de Asociación” No. 566 del 10 de noviembre de 2017, celebrado con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá – UAESP, *“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”*, también contempló unas obligaciones generales y otras específicas a cargo de la entidad contratista; esas últimas fueron las siguientes: *“1. Implementar prácticas de separación y aprovechamiento de residuos sólidos en la fuente con los tipos de usuarios del servicio de aseo a partir de una clara estrategia de cultura ciudadana que potencia los beneficios ambientales y sociales de esta práctica. 2. Promover la producción y el consumo consciente y responsable de bienes materiales. 3. Concientizar sobre la labor ambiental y social de la población recicladora y promover una mayor entrega de material reciclado a esta población en aras de dignificar su trabajo. 4. Fomento de la correcta separación en la fuente, basada en la cultura del aprovechamiento, por parte de toda la sociedad del Distrito Capital.”* Para el desarrollo de estas actividades, el asociado debía: *“(i) Verificar el estado actual de actitudes, creencias, representaciones y comportamientos relacionados con la generación y manejo adecuado de residuos. (ii) Pilotear, y acompañar la implementación de la estrategia de Cultura Ciudadana para el cambio de comportamientos relacionados con la generación y el manejo adecuado de residuos. (iii) Medir, monitorear y evaluar la estrategia. (iv) Propiciar espacios de participación*

de la ciudadanía. Lo anterior, sin perjuicio de la propuesta metodológica que realice el asociado.”

9. Además, el valor se estimó en la suma de \$671.943.127, incluidos los impuestos de ley. El plazo de ejecución se pactó en seis (6) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de inicio, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución. Con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, en la Cláusula Séptima se pactó que de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, el asociado constituiría a favor y satisfacción de la Unidad una garantía única expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia o fiducia mercantil en garantía o garantía bancaria a primer requerimiento, la cual ampararía los siguientes riesgos: 1. Cumplimiento de las obligaciones surgidas, incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria; 2. Calidad del servicio; 3. Salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales. Asimismo, en la Cláusula Octava, el contratista declaró no estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad señaladas en el artículo 127 de la Constitución Política, los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, los artículos 60 y 61 de la Ley 610 de 2000, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes. En la Cláusula Décima, penal pecuniaria, se acordó que si el asociado no diere cumplimiento en forma total o parcial, al objeto o a las obligaciones, pagaría a la unidad el 10% de su valor como estimación anticipada de perjuicios, sin que lo anterior fuera óbice para que se declarara la caducidad, se impusieran las multas a que hubiera lugar y se obtuviera la indemnización de la totalidad de los perjuicios causados. La Unidad podría hacer efectivo el valor de la cláusula penal haciendo efectiva la garantía única de cumplimiento. En todo caso, la Unidad podría acudir ante las autoridades judiciales para reclamar por el mayor perjuicio ocasionado por el incumplimiento. En la Cláusula Décima Primera, las partes acordaron que en caso de mora o retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del asociado y como apremio para que las atendiera oportunamente, la Unidad podría imponerle mediante resolución motivada multas equivalentes al 0.1% del valor total del Convenio por cada día de retraso o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, previo requerimiento al asociado, sin que el valor total de ellas pudiera llegar a exceder el 10% del valor total del Convenio. En la Cláusula Décima Segunda se pactaron Cláusulas Excepcionales propias de los contratos estatales, en los siguientes términos: “El presente Convenio podrá ser terminado, modificado e interpretado unilateralmente por la UNIDAD con sujeción a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993. La UNIDAD podrá declarar la caducidad administrativa de este convenio mediante Resolución motivada, a través de la cual lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el Estado en que se encuentre, de conformidad con lo contemplado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.” En la Cláusula Décima Tercera se pactó lo relacionado con la supervisión del contrato, la cual sería ejercida a través del Subdirector de Aprovechamiento y/o quien hiciera sus veces, quien tendría a su cargo las atribuciones que allí se pactaron dentro del marco dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 1474 del 2011.

10. El 11 de diciembre de 2017, el señor Antanas Mockus se inscribió como candidato al Senado de la República para el período constitucional 2018-2022 en la lista del Partido Político Alianza Verde.¹⁴

11. El 11 de marzo de 2018, se llevó a cabo la votación para elegir a los miembros del Congreso de la República. Como resultado de los comicios, el señor Antanas Mockus fue elegido Senador de la República con un total de 549.734 votos.¹⁵ Para ese entonces, el señor Antanas Mockus seguía ostentando el cargo de Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido el 12 de marzo de 2018.¹⁶

12. Dos días después de la elección, esto es, el 13 de marzo de 2018, los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla Hernández, por una parte y, por la otra, el ciudadano José Manuel Abuchaibe, actuando como apoderado de Partido Opción Ciudadana, solicitaron al Consejo Nacional Electoral (CNE) que se abstuviera de declarar la elección del entonces candidato Antanas Mockus y, por lo mismo, que se excluyeran del cómputo de los resultados electorales los votos obtenidos a su favor. Señalaron que aquel estaba incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política, por haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección como Senador de República, al tiempo que seguía ejerciendo la representación legal de CORPOVISIONARIOS.

13. Posteriormente, CORPOVISIONARIOS reformó sus estatutos para eliminar el cargo de Presidente y asignar de forma exclusiva las facultades de representación legal de la corporación en el Director Ejecutivo. Esta modificación se adoptó por medio del Acta No. 22 del 16 de marzo de 2018, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de mayo siguiente.¹⁷

14. Mediante la Resolución 1507 del 12 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral resolvió de forma negativa la solicitud del 13 de marzo de 2018, al considerar que no existía plena prueba de la configuración de la causal de inhabilidad.¹⁸ Esta decisión fue confirmada con la Resolución 1591 del 19 de julio de 2018.¹⁹

15. En consecuencia, mediante la Resolución 1596 del 19 de julio 2018 y el Formulario E-26 SEN, se declaró la elección del ciudadano Antanas Mockus como

¹⁴ Documento de inscripción disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD(1)Exp.2018-00127-00/Cuad.1 exp.2018-00127-00.pdf(pág. 171-172)”.

¹⁵ Ver formulario E-26 SEN del 11 de marzo de 2018, expedido por el Consejo Nacional Electoral, disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS3_E26_SENADO.pdf(pág. 11)”.

¹⁶ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS6-CERT_EXISTENCIA_REPLEGAL_CORPOVISIONARIOS.pdf(pág. 4)”.

¹⁷ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Pruebas recibidas/Anexo/ANEXO No. 2.pdf(pág. 248-252)”.

¹⁸ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS4_RESOLUCIONN1507.pdf(pág. 72)”.

¹⁹ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS5_RESOLUCIÓN_1591 DEL 2018.pdf”.

Senador de la República por el Partido Alianza Verde para el período constitucional 2018-2022, y se ordenó la expedición de la correspondiente credencial.²⁰

16. Inconformes, los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla Hernández y Saúl Villar Jiménez formularon, por separado, tres demandas de *pérdida de investidura* en contra del Senador Antanas Mockus. Fundaron su solicitud en la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses en los términos del artículo 183.1 de la Constitución Política. Alegaron que el Senador Mockus incurrió en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.3 del mismo ordenamiento superior, ya que, dentro de los seis meses anteriores a su elección, como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS gestionó, participó e intervino en la celebración de dos Convenios de Asociación con entidades públicas del orden departamental y distrital (Convenios de Asociación 010 y 566 del 9 y 10 de noviembre de 2017, respectivamente).²¹

17. Una vez admitidas las antedichas demandas, por Auto del 31 de julio de 2018, se decidió su acumulación para que fueran falladas de manera conjunta por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, en primera instancia.

18. Simultáneamente, la ciudadana Nesly Edilma Rey Cruz, y los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y José Manuel Abuchaibe Escolar, este último obrando como apoderado del Partido Opción Ciudadana, también de manera independiente, y en ejercicio del medio de control de *nulidad electoral*, demandaron los actos de declaratoria de la elección del Senador Antanas Mockus.

19. Como pretensiones comunes a las demandas relativas al medio de control de nulidad electoral se formularon las siguientes: a) declarar la nulidad parcial de la Resolución 1596 del 19 de julio 2018 y del formulario E-26 SEN;²² b) declarar la nulidad de las Resoluciones 1507 del 12 de julio de 2018 y 1591 del 19 de julio de 2018;²³ c) ordenar la cancelación de la respectiva credencial otorgada al Senador Antanas Mockus; y, d) disponer el traslado de la providencia al proceso de pérdida de investidura.

20. Para los demandantes, los actos acusados eran nulos porque en ellos se materializó la causal prevista en el artículo 275.5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).²⁴ Aseguraron que el Senador violó la

²⁰ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI-P97-CD/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS2_RESOLUCIÓN_1596_SENADO.pdf (pág. 12)”.

²¹ *Ut supra* 4.

²² *Ut supra* 9.

²³ *Ut supra* 8.

²⁴ “**ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

[...]

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

prohibición consagrada en el artículo 179.3 de la Constitución,²⁵ ya que, durante el período inhabilitante para ser elegido congresista, se desempeñó como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y, en ejercicio de esa función, dicha corporación gestionó y celebró dos contratos con entidades públicas.

21. Precisaron que, si bien es cierto que el Director Ejecutivo, Henry Samuel Murrain Knudson, fue quien suscribió los denominados Convenios de Asociación Nos. 010 y 566 de 2017 en representación de CORPOVISIONARIOS, tal circunstancia no impedía que se configurara la referida inhabilidad, si se tenía en cuenta que: a) los actos de delegación no fueron inscritos ante la Cámara de Comercio de Bogotá; b) para la fecha en la cual se firmaron los Convenios de Asociación, el señor Antanas Mockus fungía como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y, como tal, era el único con la potestad de obligar a la Corporación; c) el señor Antanas Mockus presidió las reuniones del Consejo Directivo en las que se gestionó la suscripción de los referidos convenios o contratos; y, también d) participó en el Comité en el que se aprobó el 30% del capital de CORPOVISIONARIOS o contrapartida para la ejecución de los mismos.

22. Una vez admitidas las demandas de nulidad electoral, por Auto del 22 de noviembre de 2018, se dispuso su acumulación para que fueran decididas conjuntamente y en única instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

23. El 19 de febrero de 2019, la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso seguido en contra del Senador Antanas Mockus. En dicha providencia se denegaron las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura con base en los siguientes argumentos: a) no se encuentra configurada la causal de pérdida de investidura porque el congresista, amparado en los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, delegó en el Director Ejecutivo la facultad de celebrar contratos en cuantía inferior o igual a 1.400 SMMLV y, por consiguiente, se desprendió de esa función, de modo que el señor Henry Samuel Murrain Knudson, al firmar los Convenios de Asociación en la cuantía autorizada, no actuó como delegatario de aquel, sino como Representante Legal de la corporación; b) CORPOVISIONARIOS *“tenía una representación legal compartida o plural que le permitía al presidente trasladar funciones de administrador general en cabeza del director ejecutivo”*; c) aunque los actos de delegación no fueron registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá, sí fueron aportados como documentos precontractuales para la celebración de los Convenios; d) no se logró demostrar que los Convenios de Asociación tuviesen como propósito beneficiar directamente al congresista; y tampoco que hubiese intervenido en su gestión, por cuanto e) no hay evidencia de alguna actuación positiva, activa o dinámica suya ante la ACPP y la

[...]

²⁵ **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.*”

UAESP. En consecuencia, como no encontró acreditado el elemento objetivo, estimó innecesario entrar a analizar el elemento subjetivo de la causal.²⁶

24. El 6 de marzo de 2019, el demandante José Manuel Abuchaibe Escolar impugnó la decisión del *a quo*. El recurso de apelación fue concedido el 20 de marzo de 2019 y admitido el 29 del mismo mes y año.

25. Como no se había resuelto la impugnación contra el fallo de primera instancia del proceso de pérdida de investidura y, por lo mismo, no había quedado en firme dicha decisión, el 11 de abril de 2019 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictó sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral. En ella resolvió a) *“declarar la nulidad parcial de la Resolución 1596 del 19 de julio 2018 y del formulario E-26 SEN, en lo que respecta a la declaratoria de elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas como Senador de la República para el período 2018-2022”* y, como consecuencia de ello, ordenó b) *“cancelar la credencial que acredita al señor Mockus Sivickas como congresista.”*²⁷

26. Esta decisión se basó en las siguientes consideraciones: en primer lugar, analizó si se configuraba la cosa juzgada, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018. Según esta norma, *“[c]uando 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.”* Como resultado de lo anterior, concluyó que no cabía declarar la ocurrencia de la cosa juzgada, pues no existía sentencia en firme que obligara a la Sección Quinta a estarse a lo resuelto en el proceso de pérdida de investidura, ya que no se había decidido el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

27. Resuelta esta cuestión, en segundo lugar, estudió la representación legal de CORPOVISIONARIOS. Al respecto, determinó que, según los Estatutos de CORPOVISIONARIOS y los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá el 5 de septiembre de 2017 y el 12 de marzo de 2018, la representación legal de esa entidad recaía *“únicamente”* en su Presidente, es decir, en el señor Antanas Mockus. Puntualizó que, cosa distinta era que aquel estuviera autorizado para delegar dicha función en el Director Ejecutivo, por lo que existiendo tal posibilidad *“no podía hablarse de una representación conjunta o simultánea.”*²⁸

²⁶ En esta providencia salvó su voto el Magistrado César Palomino Cortés. Sentencia disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Pruebas recibidas/Proceso pérdida de investidura/2018-02417.01 CUADERNO PRINCIPAL3.pdf(pág. 13-69)”*.

²⁷ En esta providencia aclaró su voto la Magistrada Rocío Araújo Oñate y salvó el voto la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Expediente T-7.835.841/T7835841 C5.pdf(pág. 54-118).”*

²⁸ Textualmente dijo: *“En otras palabras, quien tiene la representación legal de Corpovisionarios es el presidente; calidad que según lo probado en el proceso ostenta el señor Antanas Mockus, lo que sucede es que este puede, según la autorización entregada por la corporación y de acuerdo a la autonomía de su voluntad, delegar esa facultad al director ejecutivo, sin que ello implique que existan dos representantes legales o que temporalmente el uno se sustraiga de sus funciones, lo que ocurre es que el titular la ‘delega’ en un tercero, en este caso el director ejecutivo. Esta diferencia,*

28. En tercer lugar, examinó el alcance de la delegación entregada por la persona jurídica al Presidente, y sus implicaciones. Sobre el particular, expuso que dicha facultad debía ser analizada desde el punto de vista civil y no desde la órbita del derecho administrativo, dada la naturaleza jurídica de CORPOVISIONARIOS (entidad sin ánimo de lucro). Conforme a ello, señaló que la delegación efectuada por Antanas Mockus al Director Ejecutivo debía *“entenderse en realidad como un contrato de mandato o representación a través del cual el presidente (mandatario) le pidió al director ejecutivo (mandante) que ejerciera, en su nombre y representación, la representación legal de CORPOVISIONARIOS (negocio encomendado).”* Bajo esa comprensión, sostuvo que no podía asegurarse que con el mandato el Presidente se hubiese despojado de la función de Representante Legal de la entidad, pues *“la única manera de dejar de ostentar jurídicamente dicha condición era con una reforma a los estatutos.”*

29. De esta forma, concluyó que *“si se tiene en cuenta que el director ejecutivo no era más que un ‘delegatario’ del presidente y como según el artículo 1505 del Código Civil ‘Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo’ debe entenderse que el demandado suscribió los convenios, solo que lo hizo a través de un tercero en virtud de la ‘delegación’ que, autorizado por los estatutos, realizó.”*

30. Luego de tener por acreditado el elemento objetivo de la inhabilidad, en cuarto lugar, revisó lo relativo a los elementos temporal, subjetivo y territorial, los cuales encontró acreditados, puesto que: a) el período inhabilitante estuvo comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018, y durante ese lapso se suscribieron los dos convenios de asociación; b) dichos convenios representaron un beneficio económico a favor de un tercero que, en este caso, fue CORPOVISIONARIOS, pues ambos negocios jurídicos se celebraron a título oneroso; y, c) su firma se dio en la ciudad de Bogotá, que correspondía a la circunscripción en donde resultó electo el Senador Antanas Mockus.

31. Así las cosas, al tener por demostrada la configuración de la inhabilidad por celebración de contratos, la Sección Quinta se abstuvo de pasar a analizar lo concerniente a la gestión de negocios.

B. La acción de tutela²⁹

32. En contra de la anterior providencia que, como se acaba de describir, fue proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad electoral, el ciudadano Antanas Mockus, a través de apoderado judicial, formuló acción de tutela el 23 de abril de 2019 con el propósito

aunque sutil es sustancial, pues una representación compartida o plural implicaría que el director podría actuar como representante de forma directa, en tanto según lo reglado en los estatutos el ejercicio de esa potestad solo sería posible con la mediación de la delegación.”

²⁹ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Expediente T-7.835.841/17835841 C1.pdf (pág. 6-100).*

de que se ampararan sus derechos fundamentales al *non bis in idem* y al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, “*así como los derechos políticos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron como Senador de la República.*”

33. Como pretensiones de la acción solicitó que se dejara sin efectos la Sentencia del 11 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad parcial de la Resolución 1596 del 19 de julio 2018 y del formulario E-26 SEN, y, en consecuencia, que se ordenara a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar una nueva providencia ajustada a la Constitución y respetuosa de sus derechos fundamentales.

34. Para sustentar lo pedido, el accionante se basó en que la sentencia impugnada, a su modo de ver, incurrió en cuatro defectos que desarrolló del siguiente modo:

Defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección Quinta para dictar sentencia en el proceso de nulidad electoral

35. El párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, “[p]or la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”, establece que si una misma conducta da 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, salvo en lo relacionado con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.

36. Amparado en esta disposición, el actor considera que, en el presente caso, el primer fallo es el dictado por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019, que desestimó las pretensiones de la demanda instaurada en ese proceso. A su juicio, la Sección Quinta ha debido reconocer que dicho fallo hizo tránsito a cosa juzgada en los términos del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 y, por consiguiente, abstenerse de declarar la nulidad electoral en sentencia del 11 de abril de 2019, o remitir el asunto a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que ella decidiera tanto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de la pérdida de investidura como la demanda de nulidad electoral.

37. Para el actor, el argumento según el cual el juez de lo electoral estaba habilitado para pronunciarse, porque el fallo dictado en el proceso de pérdida investidura no había quedado en firme, ya que se encontraba pendiente la decisión del recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia, no es de recibo por las siguientes razones:

38. En primer lugar, porque el párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 no se refiere a la sentencia “*ejecutoriada*”, sino al “*primer fallo*”, y el primer fallo fue el dictado en el contencioso de pérdida de investidura.

39. En segundo lugar, porque si se admite que solo puede vincular a otra sección un fallo que esté en firme o ejecutoriado, es decir, que los demandantes pueden apelar una sentencia de primera instancia absolutoria, un congresista podría quedar condenado a perder la investidura sin derecho a apelar esa decisión, *“lo cual es una interpretación absurda del alcance de la Ley 1881, que precisamente modificó el procedimiento de pérdida de investidura para dotar a los congresistas del derecho a la doble instancia.”*

40. En tercer lugar, porque incluso si se llegara a aceptar que el fallo de primera instancia del proceso de pérdida de investidura no vinculaba, con efectos de cosa juzgada, al juez electoral, de todos modos, la Sección Quinta ha debido llevar el caso a la Sala Plena para que fuera ella la que decidiera tanto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de la pérdida de investidura como la demanda de nulidad electoral. Al no haber actuado de esta manera, la autoridad accionada vació las competencias de la Sala Plena en los procesos de pérdida de investidura y en materia de unificación de jurisprudencia, pues la obligó a someterse a sus dictados. A juicio del actor, ello implica una inversión de las jerarquías funcionales que viola su derecho al debido proceso, ya que sin poder apelar la sentencia que le resultó favorable a sus intereses, queda establecido en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura que él incurrió en una inhabilidad, no obstante que en primera instancia se había llegado a una conclusión contraria.

Defecto fáctico por error en la valoración probatoria

41. El demandante refiere que la Sección Quinta realizó una incorrecta valoración del material probatorio allegado al proceso, puesto que, a pesar de lo expresamente establecido en los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, de la existencia de actos de delegación previos, de la práctica aceptada por las entidades públicas y privadas que han contratado con CORPOVISIONARIOS en el sentido de que su Representante Legal es el Director Ejecutivo, concluyó, contra toda evidencia, que dicha delegación no era válida y que, por tanto, fue él quien a través de interpuesta persona celebró los convenios de asociación, lo cual constituye *“una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.”*

Defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad

42. El reproche en este punto radica en que, según el actor, la Sección Quinta hizo una interpretación extensiva y arbitraria de la causal de inelegibilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución. A su modo de ver, con la sentencia impugnada se creó una nueva inhabilidad que consiste en que *“no podrá ser congresista quien aparentemente sea representante legal de una corporación privada sin ánimo de lucro que celebra contratos con entidades estatales dentro de los 6 meses anteriores a la elección, a pesar de que esa persona que aspira a ser congresista NO hubiera gestionado negocios NI celebrado contratos con esas entidades públicas durante el mismo periodo y que todos los contratantes entiendan que esa persona NO es el verdadero representante legal de la Corporación.”*

C. El trámite de la acción de tutela

43. Por Auto del 23 de abril de 2019,³⁰ la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y, con el fin de conformar el contradictorio, ordenó correr traslado de la demanda a los Consejeros de la Sección Quinta de la misma corporación, para que se pronunciaran acerca de los hechos que motivaron el amparo solicitado.

44. Asimismo, dispuso vincular al presente trámite a los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes y Nesly Edilma Rey Cruz, así como al Partido Político Opción Ciudadana y al Consejo Nacional Electoral, quienes actuaron como partes y/o intervinientes en el proceso de nulidad electoral.

*Respuesta de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*³¹

45. El Consejero Alberto Yepes Barreiro, invocando su calidad de Ponente de la decisión enjuiciada, dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito en el que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, por considerar que no se configuró ninguno de los defectos materiales a los que el actor atribuyó la vulneración de sus derechos fundamentales. Para sustentar dicha postura expuso los siguientes argumentos:

a) Aunque el fallo de pérdida de investidura se hubiese proferido primero en el tiempo, ello no significaba que pudiera configurarse la cosa juzgada sobre el acaecimiento de la inhabilidad, al punto de que la nulidad electoral se limitara a replicar las consideraciones ahí expuestas o, en su defecto, a expedir un auto reconociendo dicha situación, ya que para que pudiera hablarse de cosa juzgada se necesitaba que la sentencia estuviese en firme y ejecutoriada. Solo así podía entenderse la regla contenida en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Aceptar lo contrario no solo implicaría darle a dicha disposición un alcance que no tiene, sino que, además, consentiría que siempre la pérdida de investidura prime sobre la nulidad electoral, habida cuenta de que el lapso que la ley dispuso para que se produjera el fallo de primera instancia en el marco de ese medio de control es mucho más breve que el de la nulidad electoral.

Además, si lo que la citada norma señala es que en todo caso el elemento subjetivo será analizado en la pérdida de investidura, se infiere, sin mayores disertaciones, que la norma parte de la base de que la nulidad electoral puede hacer tránsito a cosa juzgada respecto de la pérdida de investidura, lo que de suyo descarta la propuesta hermenéutica del actor.

³⁰ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI.pdf” (pág. 112-116).

³¹ Escrito radicado el 26 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 CI.pdf” (pág. 214-229).

b) La demanda de tutela confunde los fenómenos de prejudicialidad y cosa juzgada. Según lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, lo que acaece cuando una misma conducta da origen a la nulidad electoral y a la pérdida de investidura de forma simultánea es la cosa juzgada y no la prejudicialidad. Lo primero ocurre cuando una decisión judicial, después de surtido el trámite respectivo, se torna imperativa, inmutable y es susceptible de cumplirse coercitivamente, lo que presupone la ejecutoriedad y firmeza de la decisión. Lo segundo se presenta cuando la determinación que se debe tomar en un proceso depende necesariamente del resultado de otra decisión judicial. La nulidad electoral y la pérdida de investidura son medios de control totalmente distintos, que si bien pueden tener un mismo origen (desconocimiento del régimen de inhabilidades), son de naturaleza disímil y, por consiguiente, la una no depende de la otra para ser decidida, de lo que se sigue que no es posible predicar la existencia de “*prejudicialidad*”.

Por esta razón, tampoco cabía suspender el proceso a la espera de que el recurso de apelación en la pérdida de investidura fuera resuelto. Si la intención del legislador hubiese sido que la nulidad electoral se suspendiera hasta que se resolviera la pérdida de investidura, así lo habría establecido expresamente, y no habría señalado que lo que se configuraba era el advenimiento de la cosa juzgada.

c) El artículo 271 del CPACA no contempla obligación alguna para la Sección Quinta de llevar sus casos a la Sala Plena, cuando de forma simultánea una misma situación haya dado origen a la nulidad electoral y a la pérdida de investidura. En todo caso, ninguna de las partes –ni siquiera el actor–, el Ministerio Público o alguna de las secciones solicitó que la demanda de nulidad electoral fuera asumida por la Sala Plena. El hecho de que el señor Mockus hubiese alcanzado una alta votación para obtener su curul no conllevaba, *per se*, que su caso lo tuviera que decidir la Sala Plena. Tampoco la circunstancia de que estuviese pendiente la resolución del recurso de apelación en el proceso de pérdida de investidura activaba automáticamente la competencia de la Sala Plena para resolver la nulidad electoral.

d) No hubo violación del principio del *non bis in idem* por el hecho de no haberse acogido la posición que, respecto a la configuración de la inhabilidad, acuñó la Sala Especial de pérdida de investidura. Esto por dos razones: 1) el proceso de nulidad electoral no tiene carácter sancionatorio, por lo que no se sancionó la conducta del señor Mockus, sino que simplemente se analizó si el acto de elección estaba conforme al orden jurídico, y 2) el caso del señor Mockus aún no había sido decidido en pérdida de investidura.

e) En el derecho civil, que es el que rige a las entidades sin ánimo de lucro, el acto jurídico a través del cual una persona puede entregar a otra el desempeño de una función o tarea se denomina “*mandato*”, y según sus características, el mandato no solo mantiene la función en el mandante, sino que se entiende como si éste hubiese actuado directamente. En consecuencia, el hecho de que el Representante Legal de Corpovisionarios, autorizado por los estatutos, hubiese delegado en el Director Ejecutivo la representación legal de la entidad y la facultad de suscribir contratos no

implicaba que aquel se despojara jurídicamente de sus funciones, ni mucho menos que el Director actuara de forma directa, pues fue necesario que le “*delegaran*” la función para poder suscribir los convenios. Por eso se entendió como si en la suscripción de aquellos negocios el delegante, es decir, el señor Antanas Mockus, hubiese actuado por interpuesta persona. Esta interpretación no puede apreciarse como extensiva, arbitraria o caprichosa; antes bien, resulta razonable porque se desprende del contenido de los estatutos y le da efecto útil a la inhabilidad de celebración de contratos.

f) No es posible, desde la óptica del principio *pro electoratem*, avalar que el representante legal de una persona jurídica contrate con el Estado sin materializar la inhabilidad, porque aquel decidió –autorizado por los Estatutos– entregar las facultades de representación legal y contratación a otro miembro de la persona moral para que este suscribiera los contratos, pero seguir ostentando la calidad de representante en otros ámbitos.

g) El derecho a elegir invocado por el accionante como conculcado no es un derecho de su titularidad, sino de los sujetos que votaron por él, lo que haría improcedente el amparo. En todo caso, esa circunstancia no enerva, minimiza o flexibiliza el régimen de inhabilidades que se aplica de manera objetiva con independencia del partido del congresista demandado o del número de votos con el que obtuvo la curul.

Respuesta de la Consejera Rocío Araújo Oñate³²

46. Obrando en calidad de integrante de la Sección Quinta, la Consejera Rocío Araújo Oñate solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela o, en su defecto, que se denegara el amparo, con fundamento en las siguientes razones:

a) El caso en estudio carece de relevancia constitucional, debido a que no se advierte una afectación o vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales de la parte actora, quien gozó en el trámite del proceso de nulidad electoral de la totalidad de las garantías constitucionales del debido proceso, incluida la de presentar las pruebas que considerara necesarias para defender la validez del acto de elección y controvertir las que se aportaron en su contra. Por lo tanto, no acredita una afectación de dimensiones constitucionales, sino que propone un debate propio de la justicia ordinaria, referido a la validez del acto electoral.

b) Por lo menos dos de los cargos formulados por el actor son susceptibles de ser examinados a través del recurso extraordinario de revisión, a saber: el defecto orgánico y la existencia de la cosa juzgada. Esto, comoquiera que los numerales 5 y 8 del artículo 250 del CPACA consagran, como causales de revisión, 1) la existencia de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procede el recurso de apelación –que también puede ser alegada como nulidad– y 2) ser la sentencia contraria a una anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada.

³² Escrito radicado el 26 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 236-253).”

c) La Sección Quinta fijó una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, en la que no es posible tener como único aspecto para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades, los derechos del elegido *–pro homine–*, sino que es imperativo aplicar en cada caso otros principios que son fundamentales en el marco de un sistema democrático *–pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)– concediéndole prevalencia a estos últimos en garantía del interés general y no del interés del particular elegido o nombrado.

d) La providencia cuestionada no realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad, sino que simplemente la aplicó a la luz de la jurisprudencia reiterada de la Corporación, de la valoración conjunta y razonable de las pruebas aportadas al proceso y de la debida aplicación de las normas sobre personas jurídicas sin ánimo de lucro, su inscripción en el registro público y la importancia que reviste, para todos los efectos legales, que se tenga como Representante Legal a la persona que aparece en dicho registro, que en este caso lo fue el señor Antanas Mockus.

Respuesta de los sujetos vinculados

47. Ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar.³³ En calidad de demandante en el proceso de nulidad electoral, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiaridad. A su juicio, el actor cuenta con el recurso extraordinario de revisión para cuestionar la sentencia proferida en única instancia por el juez electoral, por lo que no puede convertir al amparo constitucional en una suerte de segunda instancia.

48. Ciudadano Víctor Velásquez Reyes.³⁴ Sostuvo que la acción de tutela es temeraria porque no son ciertos los argumentos expuestos por el actor acerca de que la autoridad judicial accionada no podía pronunciarse sobre la nulidad electoral, porque estaba en curso el proceso de pérdida de investidura. Expresó que aquel confunde la pérdida de investidura con la nulidad electoral, y la naturaleza de la cosa juzgada, pues esta exige que el fallo se encuentre en firme y ejecutoriado para que surta tales efectos. Entonces, dado que él como parte demandante en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura impugnó la sentencia de primera instancia, y no se había resuelto el recurso, la Sección Quinta se encontraba plenamente habilitada para anular la elección del Senador Mockus.

49. Ciudadana Nesly Edilma Rey Cruz.³⁵ Invocando su calidad de parte en el proceso de nulidad electoral, se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela por las siguientes razones: a) lo pretendido por el actor es reabrir una discusión jurídica ya

³³ Escrito radicado el 26 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 170-175).”

³⁴ Escrito radicado el 25 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 167-168).”

³⁵ Escrito radicado el 29 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 198-213).”

resuelta con el debido respeto de las garantías procesales y teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso; b) el hecho de que no esté conforme con lo decidido por el juez electoral no lo habilita para hacer uso de la acción de tutela como si se tratara de una instancia adicional a los procesos ordinarios; c) la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional, en la medida en que se sustenta en los mismos argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda electoral y en los alegatos de conclusión; d) la Sección Quinta no carecía de competencia para pronunciarse sobre la nulidad de la elección del Senador Mockus porque esta le fue conferida por el artículo 275.5 del CPACA, y la Ley 1881 de 2018 no la despojó de dicha competencia; e) de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que, para todos los efectos, la representación legal de CORPOVISIONARIOS recaía exclusivamente en el demandado, de ahí que los defectos sustantivo y fáctico no tengan vocación de prosperidad.

50. Consejo Nacional Electoral.³⁶ Solicitó su desvinculación del trámite de la acción de tutela por considerar que carecía de legitimación en la causa por pasiva. Señaló que “*no es el órgano competente para satisfacer las pretensiones del accionante*”, ya que, una vez declarada la elección de congresista, cualquier inconformidad con dicha decisión debía ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Coadyuvancias en favor del demandante

51. Ciudadano Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho.³⁷ En defensa de los argumentos expuestos por la parte actora, indicó que la providencia objeto de reproche incurrió en los defectos orgánico, fáctico y procedimental, debido a que la autoridad judicial accionada no estaba facultada para declarar la nulidad del acto de elección del Senador Mockus. En su opinión, dado que se encontraba en curso un proceso de pérdida de investidura por las mismas circunstancias fácticas alegadas en sede de nulidad, y ya existía una primera decisión absolutoria en aquel proceso, este último ha debido someterse al conocimiento de la Sala Plena no solo como garantía del derecho a la doble instancia, sino para evitar un “*choque de trenes*” entre las diferentes Secciones del Consejo de Estado. De igual forma, expuso que de las pruebas allegadas al proceso era evidente que la facultad de celebración de contratos había sido delegada por el demandado al Director Ejecutivo y, por tanto, no se configuraba la inhabilidad alegada. Asegurar lo contrario, a su juicio, significaría realizar una interpretación extensiva de la ley que “*resulta inconstitucional*”.

52. Ciudadano Aníbal Carvajal Vásquez.³⁸ Amparado su calidad de elector, solicitó que se realizara un control de convencionalidad y que, como resultado de ello, se protegieran los derechos políticos del accionante y de todos los ciudadanos que votaron por su proyecto político. Subrayó que, conforme al numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante, CADH, y a la

³⁶ Escrito radicado el 29 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/T7835841 Cl.pdf* (pág. 186-197).

³⁷ Escrito radicado el 24 de abril de 2019. Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/T7835841 Cl.pdf* (pág. 141-144).

³⁸ Escrito radicado el 29 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/T7835841 Cl.pdf* (pág. 177-185).

jurisprudencia de la Corte IDH, el Estado colombiano tiene vedado permitir que funcionarios distintos al juez penal restrinjan los derechos políticos de los ciudadanos, máxime de aquellas personas que han sido elegidas por voto popular. En su criterio, la autoridad judicial accionada desconoció dicha hermenéutica, en la medida en que restringió los derechos políticos del Senador Mockus, a través de un fallo dictado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no por el juez penal.

53. Ciudadano Albeiro Bohórquez Manrique.³⁹ En su condición de militante del Partido Alianza Verde, manifestó que coadyuvaba en su totalidad los argumentos de la acción de tutela, en consideración a que los fundamentos de la providencia enjuiciada se alejaron de una interpretación jurídica razonable y de un juicio valorativo adecuado a las pruebas aportadas al proceso.

Coadyuvancias en favor de la autoridad judicial accionada

54. Ciudadano Eduardo Carmelo Padilla Hernández.⁴⁰ Invocando su condición de demandante dentro del proceso de pérdida de investidura, solicitó que se denegaran las pretensiones de la acción de tutela por considerarla temeraria. Alegó que, contrario lo expuesto por el actor, la Sección Quinta sí tenía competencia para pronunciarse sobre la demanda de nulidad electoral, porque el fallo dictado por la Sala Primera Especial de Pérdida de Investidura no hizo tránsito a cosa juzgada. Además, señaló que no existió vulneración de la garantía del *non bis in idem*, puesto que la pérdida de investidura y la nulidad electoral son dos acciones distintas: la primera es de carácter sancionatorio y de naturaleza subjetiva, mientras que la segunda se dirige contra el acto administrativo de elección y su naturaleza es objetiva.

55. Ciudadano Henry Gómez Nieto.⁴¹ Se opuso a la prosperidad del amparo deprecado. Adujo que la decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado no merece ningún reproche, ya que, como lo manifestó en otras instancias, el accionante infringió el artículo 179.3 de la Carta y, por lo mismo, debe dejarse en firme el fallo que así lo determinó.

56. Ciudadano Luis Alfonso Plazas Vega.⁴² Por conducto de apoderado judicial, intervino para solicitar su vinculación al proceso de tutela como tercero interesado. Sostuvo que también fue candidato al Senado de la República para el mismo período al que aspiró el señor Antanas Mockus, de manera que esta circunstancia hacía “*necesario establecer la recomposición del Senado de la República, excluyendo los votos obtenidos por la lista encabezada por el accionante*” con el fin de garantizar su derecho a acceder a una curul, de acuerdo con los resultados reconocidos por las autoridades

³⁹ Escrito radicado el 20 de mayo de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C2.pdf (pág. 157-217).”

⁴⁰ Escrito radicado el 26 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 149-150).”

⁴¹ Escrito radicado el 25 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf (pág. 151-153).”

⁴² Escrito radicado el 9 de mayo de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/T7835841 C2.pdf (pág. 6-34).”

electorales. Advirtió que el amparo solicitado debía denegarse por no existir vulneración de ninguno de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Intervención de la parte accionante⁴³

57. El apoderado del actor intervino con el propósito de insistir en la protección de los derechos fundamentales de su prohijado y exponer algunos argumentos que, a su juicio, desvirtúan las afirmaciones de algunos de los intervinientes acerca de la existencia otros medios judiciales de defensa que harían improcedente el amparo reclamado.

58. Aseguró que es equivocada la aseveración según la cual, contra la sentencia enjuiciada procedían el incidente de nulidad y el recurso extraordinario de revisión.

59. En cuanto al incidente de nulidad, expuso que una simple lectura del artículo 133 del CGP, al cual remite el artículo 208 del CPACA, permite advertir que ninguno de los defectos alegados en la demanda de tutela se encuadra dentro de las causales de nulidad enunciadas en la primera de dichas normas. Señaló que, aunque en la solicitud de amparo se mencionó la carencia absoluta de competencia y la configuración de un defecto procedimental, las razones expresadas para sustentar tales defectos no corresponden a ninguna de las causales taxativas previstas en la cita disposición.

60. En lo que respecta al recurso extraordinario de revisión, subrayó que ninguno de los reproches formulados contra la sentencia enjuiciada es susceptible de discutirse a través de dicho mecanismo, ni siquiera por las causales 5 y 8 del artículo 250 del CPACA. En primer lugar, porque la nulidad originada en la sentencia debe corresponder a aquellas contenidas en el artículo 133 del CGP y, como lo advirtió inicialmente, ninguna de estas se configura en el caso concreto. En segundo lugar, porque la cosa juzgada en la que se sustenta el defecto orgánico difiere sustancialmente de la cosa juzgada a la que se refiere la causal 8 de revisión, pues esta exige que las partes en ambos procesos sean exactamente las mismas, y en el asunto bajo estudio se trata de partes distintas y de procesos de diferente naturaleza. Además, porque lo que intentó plantear en su demanda fue *“una forma de prejudicialidad”*.

61. De cualquier modo, puso de presente que el recurso extraordinario de revisión no era idóneo ni eficaz para desplazar a la acción de tutela, porque los defectos orgánico y procedimental no fueron los únicos vicios atribuidos a la sentencia impugnada. Destacó que la violación del derecho al debido proceso también estuvo soportada en los defectos sustantivo y fáctico, los cuales no se enmarcaban en ninguna de las circunstancias objetivas que habilitan la procedencia del recurso de revisión, de ahí que se trate de un mecanismo que no tiene la capacidad de *“permitir un estudio de todos los aspectos y cargos constitucionales formulados en la acción de tutela”*.

⁴³ Escrito radicado el 29 de abril de 2019. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Expediente T-7.835.841/T7835841 CI.pdf (pág. 295-301)*.

62. Por tal razón, solicitó que, en caso de que se llegasen a desestimar sus argumentos, de todos modos, se evaluara la posibilidad de proteger transitoriamente los derechos fundamentales de su representado.

Solicitud de medida provisional y oposición⁴⁴

63. Con la demanda de tutela el apoderado del actor solicitó que se decretara una medida provisional consistente en “*suspender provisionalmente los efectos de la sentencia de nulidad de la elección como Senador de la República de Antanas Mockus [...] hasta tanto se adopte la decisión definitiva a que haya lugar.*”

64. Mediante proveído del 15 de mayo de 2019, el despacho sustanciador accedió a la medida provisional solicitada y, en consecuencia, ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, hasta tanto se dictara el fallo de tutela. Advirtió que como estaba en discusión si ese operador judicial podía pronunciarse sobre la demanda de nulidad electoral, no obstante que existía un primer fallo dictado en el marco de un proceso de pérdida de investidura con fundamento en la misma conducta, era necesario adoptar esa medida con el fin de evitar que, por la obligatoriedad que conllevaba la decisión de nulidad, el actor ya no pudiera ejercer sus funciones como congresista.

65. Esta decisión fue impugnada por los ciudadanos Eduardo Carmelo Padilla Hernández, Víctor Velásquez Reyes, Henry Gómez Nieto y Luis Alfonso Plazas Vega, quienes alegaron que con la medida decretada se vulneró su derecho al debido proceso.

Sentencia de tutela de primera instancia⁴⁵

66. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia del 2 de julio del 2019, **amparó** los derechos fundamentales del accionante y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo cuestionado y le ordenó a la Sección Quinta “*abstenerse de proferir sentencia en el proceso [...] hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 19 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura [...]*”.

67. Antes de referirse a los fundamentos de su decisión, el juez de primera instancia resolvió dos cuestiones previas: 1) la legitimación en la causa de quienes intervinieron en el proceso con el fin de coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la acción de tutela; y 2) las oposiciones a la medida provisional ordenada en el Auto del 15 de mayo de 2019. Con respecto a la primera, resolvió no aceptar las intervenciones de los ciudadanos Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho, Eduardo Carmelo Padilla Hernández, Henry Gómez Nieto, Aníbal Carvajal Vásquez, Luis Alfonso Plazas Vega y Albeiro Bohórquez Manrique, debido a que no acreditaron ser titulares de un interés

⁴⁴ Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/I7835841 C2.pdf*, (pág. 40-55).

⁴⁵ Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/I7835841 C3.pdf*, (pág. 32-142).

legítimo en el resultado del proceso.⁴⁶ Frente a la segunda cuestión, rechazó por improcedentes los recursos interpuestos, en razón a que en el trámite de la acción de tutela únicamente se permite impugnar el fallo de primera instancia y no los autos interlocutorios.

68. Resueltos estos dos puntos, y tras abordar aspectos generales en torno a la prohibición del *non bis in idem*, a la naturaleza jurídica de los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura, y sus diferencias, se refirió al alcance de la expresión “*primer fallo hará tránsito a cosa juzgada*” contenida en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Al respecto, determinó que “*la comprensión natural y obvia del precepto normativo*” suponía establecer que el primer fallo no es aquel que se encuentre ejecutoriado, sino el primero que se profiera en el tiempo, pues solo así se da aplicación a la garantía del *non bis in idem* y se evita la contradicción de dos decisiones judiciales basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como lo quiso el legislador.

69. Conforme a dicha interpretación, concluyó que la actuación de la Sección Quinta resultó contraria a las garantías que integran el debido proceso, especialmente, al principio del *non bis in idem*, por cuanto al haber adoptado una decisión de fondo sobre la demanda de nulidad electoral sin que la Sala Plena hubiese proferido sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, desconoció la prerrogativa prevista en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, esto es, la de garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y evitar fallos contradictorios.

70. Al hallar configurado, entonces, el defecto procedimental, se abstuvo de pronunciarse respecto de los restantes defectos endilgados a la decisión.

Impugnación⁴⁷

71. El 4 y 5 de julio de 2019, los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y José Manuel Abuchaibe Escolar, respectivamente, impugnaron la anterior providencia. Básicamente, ratificaron los argumentos esbozados en respuesta a su vinculación oficiosa al trámite de la acción de tutela.⁴⁸

Pérdida de investidura: sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁴⁹

⁴⁶ Sobre el particular, expuso que cuando se busca controvertir la decisión judicial que resuelve una demanda electoral, es requisito indispensable haber sido parte en el proceso respectivo para que sea posible alegar la presunta vulneración de derechos fundamentales.

⁴⁷ Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/T7835841 C3.pdf* (pág. 180-201).

⁴⁸ Víctor Velásquez Reyes advirtió que la acción de tutela no cumple con el requisito de relevancia constitucional. Entre tanto, José Manuel Abuchaibe Escolar alegó el amparo no satisface el requisito de subsidiariedad porque, a su juicio, el actor cuenta con el recurso extraordinario de revisión y con el incidente de nulidad. También expuso que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

⁴⁹ Sentencia disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Pruebas recibidas/Proceso pérdida de investidura/2018-02417.01 CUADERNO PRINCIPAL 5.pdf*(pág. 2-71)”.

72. Mientras se tramitaba la impugnación a la sentencia de tutela de primera instancia, el 8 de octubre de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **confirmó** la Sentencia del 19 de febrero de 2019, proferida por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, que desestimó las demandas acumuladas de pérdida de investidura en contra del Senador Antanas Mockus.⁵⁰ Esta decisión se basó en los siguientes argumentos que fueron expuestos en dicha Sentencia: a) la simple titularidad formal de las funciones de representación legal no se adecuaba a los verbos rectores que definen la causal prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política; b) dentro de la organización de CORPOVISIONARIOS se previó la posibilidad de que varios órganos fueran titulares de la función de representación legal (Presidente y Director Ejecutivo); c) ser titular de la calidad de Representante Legal solo es relevante como condición que activa la causal de inhabilidad endilgada, en los casos de entidades que administran tributos o contribuciones parafiscales; d) la omisión del registro de los actos de delegación expedidos 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; e) el rol que desempeñó el señor Antanas Mockus en los proyectos que acreditan la experiencia de la entidad se dio durante la fase de ejecución y no en la etapa la negociación, 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; f) el demandado no intervino en la gestión de los convenios de asociación, por sí mismo ni por interpuesta persona pues quien realizó las diligencias y tratativas precontractuales fue el Director Ejecutivo en nombre de la Corporación y no del señor Antanas Mockus. Así, el acto de delegación otorgado por el Presidente, en ejercicio de las funciones, es prueba directa de la manera cómo funcionaba la entidad para la época.⁵¹ En cuanto al elemento subjetivo, agregó que a) el señor Mockus no podía comprender que su rol de representante legal podría configurar el verbo rector de la causal y que b) no se le podía exigir otro comportamiento porque tenía la convicción plena y sincera de que su conducta estaba enmarcada en las normas que la regían.

*Importancia jurídica de la acción de tutela y conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*⁵²

73. En Auto del 22 de octubre de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió avocar el conocimiento de la acción de tutela en segunda instancia con apoyo en razones de importancia jurídica. Encontró necesario pronunciarse sobre dos aspectos: 1) el poder del juez constitucional para estudiar de fondo asuntos que le competen, por disposición normativa, al juez natural; y 2) el alcance de la figura del *non bis in idem* en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

⁵⁰ *Ut supra* 19.

⁵¹ En esta decisión salvaron su voto por los Magistrados Calos Enrique Moreno Rubio, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rocío Araujo Oñate, Luis Alberto Álvarez Parra, Sandra Lisset Ibarra Vélez y Milton Chávez García; y aclararon su voto los Magistrados Rafael Francisco Suárez Vargas y William Hernández Gómez.

⁵² Auto disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: "*Expediente T-7.835.841/T7835841 CA.pdf* (pág. 2-6).

Sentencia de tutela de segunda instancia⁵³

74. En Sentencia proferida el 21 de enero de 2020, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado **revocó** el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela.

75. Señaló que la interpretación realizada por el juez de la nulidad electoral, respecto del alcance del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, era razonable, en la medida en que se trató de una decisión proferida dentro de la órbita de la autonomía del juez competente, que no podía ser controvertida a través de la acción de tutela.

76. No obstante, advirtió que el accionante no logró justificar suficientemente la relevancia constitucional del asunto, así como tampoco acreditó que hubiese agotado el recurso extraordinario de revisión, siendo que era este el mecanismo expedito para alegar la falta de competencia del juez accionado y la violación del principio de la cosa juzgada, en los términos de los numerales 5 y 8 del artículo 250 del CPACA.

D. Actuaciones en sede de revisión

Selección del caso y conocimiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional

77. Remitido el proceso de tutela a la Corte Constitucional, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, por Auto del 3 de agosto de 2020, seleccionó el expediente T-7.835.841 y asignó su estudio a la Sala de Revisión, presidida entonces por la Magistrada Diana Fajardo Rivera. Posteriormente, en sesión del 26 de noviembre de 2020, y con fundamento en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del Reglamento Interno, la Sala Plena decidió asumir la competencia para conocer del asunto, dada la trascendencia del tema. Tras la aceptación del impedimento presentado por la Magistrada Diana Fajardo Rivera,⁵⁴ el expediente fue asignado a la Sala de Revisión presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

Intervención en sede de revisión

78. Mediante escrito del 11 de mayo de 2021, el ciudadano *Luis Alfonso Plazas Vega*, por conducto de apoderado judicial, intervino durante el trámite de revisión con el propósito de que fuera reconocido como tercero interesado en la presente causa. Alegó que el juez de primera instancia vulneró su derecho al debido proceso, al negarse a reconocerlo como coadyuvante de la parte accionada. Insistió en que tiene un interés legítimo en el resultado del proceso porque en este puede resultar comprometido su derecho a elegir y ser elegido, dado que también participó en los comicios electorales.

79. Por lo demás, manifestó que el amparo deprecado debía negarse en la medida en que no se acreditó la configuración de los vicios alegados o, en su defecto, declararse

⁵³ Sentencia disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: "*Expediente T-7.835.841/T7835841 C4.pdf* (pág. 67-91).

⁵⁴ Impedimento aceptado en la Sala Plena realizada virtualmente el 11 de febrero de 2021.

improcedente, ya que contra la sentencia cuestionada cabía el recurso extraordinario de revisión, por las causales 5 y 8 del artículo 250 del CPACA, pero el actor no hizo uso de dicho mecanismo.⁵⁵

Pruebas decretadas por el Magistrado sustanciador

80. En ejercicio de la facultad prevista en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, el Magistrado sustanciador consideró necesario decretar algunas pruebas con el fin de aclarar los supuestos de hecho que dieron origen al amparo constitucional y mejor proveer.

81. En esa medida, con el propósito de indagar sobre el sentido y alcance del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018,⁵⁶ por Auto del 11 de mayo de 2021 ordenó oficiar a la Secretaría del Senado de la República y de la Cámara de Representantes para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la comunicación de dicho proveído, remitieran copia del expediente legislativo del Proyecto de Ley núm. 106 de 2017 Senado-263 de 2017 Cámara, iniciativa que concluyó con la expedición de la Ley 1881 de 2018, *“por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones.”*

82. De igual forma, para determinar el funcionamiento de CORPOVISIONARIOS y las tareas del ciudadano Antanas Mockus dentro de dicha entidad, en la misma providencia ordenó oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de su comunicación, remitiera certificado especial de todos y cada uno de los documentos que se hubiesen inscrito en el registro de la Corporación Visionarios por Colombia (CORPOVISIONARIOS NIT 830093146-6) desde su creación hasta la fecha, y un certificado de existencia y representación legal de la misma corporación actualizado.

83. Comoquiera que la controversia constitucional planteada involucra las decisiones proferidas dentro de un proceso de pérdida de investidura seguido en contra del Senador Antanas Mockus, igualmente se dispuso oficiar a la Secretaría General del Consejo de Estado para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la comunicación de la providencia, remitiera, en calidad de préstamo o en copia, el expediente relativo al proceso de pérdida de investidura adelantado en contra del Senador Antanas Mockus, que incluyera la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 8 de octubre de 2019.

Suspensión de términos

84. Por medio del Auto 236 del 13 de mayo de 2021, la Sala Plena ordenó la

⁵⁵ Escrito radicado el 11 de mayo de 2021. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Intervenciones/Luis Alfonso Plazas Vega.pdf”*.

⁵⁶ *“Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”*.

suspensión de términos para fallar el presente asunto a partir de esa fecha y hasta tanto fueran recaudadas las pruebas decretadas en el Auto del 11 de mayo anterior, y ella misma decidiera levantar la medida.

Pruebas recaudadas

85. De acuerdo con informes remitidos por la Secretaría General de la Corte, se recibieron las siguientes pruebas documentales: a) Oficio SG2.566/2021 del 18 de mayo de 2021, firmado por el Secretario General de la Cámara de Representantes, por medio del cual envió un enlace electrónico para acceder al expediente legislativo del Proyecto de Ley núm. 106 de 2017 Senado-263 de 2017 Cámara, iniciativa que concluyó con la expedición de la Ley 1881 de 2018; b) Oficio SGE-CE-CV19-0387-2021 del 21 de mayo de 2021, firmado por el Secretario General del Senado de la República, mediante el cual allegó, en formato digital, copia del expediente legislativo del Proyecto de Ley núm. 106 de 2017 Senado-263 de 2017 Cámara, iniciativa que concluyó con la expedición de la Ley 1881 de 2018; c) Comunicaciones enviadas, vía correo electrónico, por la Secretaría General del Consejo de Estado el 26 de mayo de 2021, en las que se compartieron unas carpetas de OneDrive que contienen copia magnética del expediente del proceso de pérdida de investidura adelantado en contra del Senador Mockus; d) Oficio CRS0088147 del 28 de mayo de 2021, firmado por la coordinadora de la Oficina de Atención Jurídica de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual envió un enlace electrónico para acceder al expediente registral de la entidad CORPOVISIONARIOS y se adjuntó un certificado de existencia y representación legal con fecha de expedición del 28 de mayo de 2021.⁵⁷

86. Adicionalmente, mediante memorial del 18 de junio de 2021, remitido por correo electrónico, el señor Antanas Mockus insistió en la necesidad de protección de sus derechos fundamentales, y allegó copia de la providencia del 3 de junio de 2021, por medio de la cual la Sala Especial de Instrucción Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibió de iniciar investigación formal en su contra por los presuntos delitos de elección ilícita de candidatos (art. 389A CP) y fraude procesal (art. 182 CP), previa denuncia formulada por los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y Eduardo Carmelo Padilla Hernández, demandantes en el proceso de pérdida de investidura.⁵⁸

Traslado de las pruebas recaudadas

87. Por Auto del 22 de junio de 2021, se resolvió tener como pruebas recaudadas dentro del presente asunto los documentos allegados por la Cámara de Representantes, por el Senado de la República, por la Secretaría General del Consejo de Estado y por la Cámara de Comercio de Bogotá. Dando alcance a lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, en la misma providencia ordenó a la Secretaría General de la Corte poner a disposición de las partes y de terceros con interés dichas pruebas para que, si lo

⁵⁷ Documentos disponibles en el siguiente vínculo electrónico: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/anacb_corteconstitucional_gov_co/E18sBrc2UetDqnqLZ6Tt8z8BdwLBz6ZCsfALA1aUnMGUuQ?e=fvrEk1

⁵⁸ Documentos disponibles en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Expediente T-7.835.841/Pruebas recibidas/Memorial Antanas Mockus.pdf-Inhibición Corte Suprema.pdf”

consideraban pertinente, se pronunciaron sobre estas.

88. El 1 de julio de 2021, la Secretaría General de la Corte informó que se dio cumplimiento a la anterior providencia y que, durante el término de traslado, se recibieron dos escritos firmados por los ciudadanos Aníbal Carvajal Vásquez y José Manuel Abuchaibe Escolar.

89. El ciudadano *Aníbal Carvajal Vásquez* insistió en que, a la luz de la CADH, los derechos políticos de un ciudadano solo pueden ser restringidos por el juez penal cuando quiera que se acredite la ocurrencia de un delito. Por tal razón, solicitó a la Corte acceder a las pretensiones de la acción de tutela, sobre la base de que el señor Antanas Mockus no ha cometido ningún delito que lo pueda despojar de su derecho a ser elegido. Asimismo, pidió que se hiciera un pronunciamiento sobre la interpretación restrictiva que realizó el juez de primera instancia respecto de la figura de la coadyuvancia en su caso particular.⁵⁹

90. El ciudadano *José Manuel Abuchaibe Escolar* reiteró que el accionante cuenta con el recurso extraordinario de revisión para plantear su inconformidad con la decisión enjuiciada, y advirtió que es posible que se hayan configurado los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado, pues los actos de delegación suscritos por el señor Antanas Mockus cuentan con un sello de la Cámara de Comercio de Bogotá que, a su juicio, no fue autorizado por esa entidad. En tal virtud, solicitó que se confirmara la improcedencia del amparo y que se ordenara compulsar copias de los documentos correspondientes para que se investigue penalmente al accionante.⁶⁰

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

91. Esta Sala es competente para revisar los fallos proferidos dentro del expediente de la referencia, con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante Auto del 3 de agosto de 2020, y de la decisión adoptada por el pleno de esta Corporación el 26 de noviembre de 2020.

B. Cuestión previa: carencia actual de objeto por hecho sobreviniente

92. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la carencia actual de objeto es un fenómeno que se configura cuando, frente a la solicitud de amparo, la orden del juez de tutela “*no tendría efecto alguno*” o “*caería en el vacío*”.⁶¹ Tres son las situaciones

⁵⁹ Escrito radicado el 27 de junio de 2021. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Contestaciones traslado/Memorial.Anibal.Carvajal.docx*”.

⁶⁰ Escrito radicado el 28 de junio de 2021. Disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Contestaciones traslado/Memorial.José.Manuel.Abuchaibe.pdf*”.

⁶¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-431 de 2019.

que originan la carencia actual de objeto, a saber:⁶² *i)* el hecho superado; *ii)* el daño consumado; y *iii)* el hecho sobreviniente.⁶³

93. La carencia actual de objeto por *hecho superado* está asociada al carácter inmediato de la acción de tutela –artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el inciso primero del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991–, y se presenta cuando, entre la presentación de la demanda y la decisión de fondo, se ha satisfecho íntegramente la pretensión que motivó el amparo, sin que medie orden judicial para el efecto.

94. La Corte ha indicado que en este evento “*le corresponde al juez de tutela constatar que: a) lo pretendido en la acción de tutela se ha satisfecho por completo y; b) que la entidad demandada haya actuado voluntariamente.*”⁶⁴

95. La carencia actual de objeto por *daño consumado* ocurre cuando “*se ha perfeccionado la afectación que con la tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela dé una orden para retrotraer la situación*”.⁶⁵

96. Si el daño se había consumado para el momento en que se presentó de la acción de tutela, el juez debe declarar su improcedencia. Pero si se configuró durante su trámite ante los jueces de instancia o en el curso del proceso de revisión ante la Corte Constitucional, el juez tiene el deber de pronunciarse de fondo sobre el asunto, a fin de evitar que “*situaciones similares se produzcan en el futuro y [...] proteger la dimensión objetiva de los derechos que se desconocieron*”.⁶⁶

97. La carencia de objeto por *hecho sobreviniente*, entre tanto, cobija casos que no se enmarcan en los conceptos tradicionales de *hecho superado* y *daño consumado*. Tiene lugar cuando la situación que generó la amenaza o vulneración del derecho fundamental cesó, ya sea porque “*(i) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la litis.*”⁶⁷

98. En la Sentencia SU-522 de 2019 la Corte unificó su jurisprudencia respecto de los deberes que le asisten al juez de tutela cuando se enfrenta a alguna de las tres situaciones que originan la carencia actual de objeto. En dicho pronunciamiento se fijaron las siguientes subreglas:

⁶² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-625 de 2017.

⁶³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-261 de 2017, T-481 de 2016, T-321 de 2016 y T-200 de 2013.

⁶⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

⁶⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-522 de 2019.

⁶⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016

⁶⁷ Ibidem.

*“(i) En los casos de **daño consumado**: es perentorio un pronunciamiento de fondo del juez de tutela (incluida la Corte Constitucional) cuando el daño ocurre durante el trámite de la tutela; precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo. Además, el juez de tutela podrá, dadas las particularidades del expediente, considerar medidas adicionales tales como: a) hacer una advertencia a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela; b) informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño; c) compulsar copias del expediente a las autoridades competentes; o d) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan.*

*(ii) En los casos de **hecho superado** o **situación sobreviniente**: no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, y especialmente tratándose de la Corte Constitucional actuando en sede de revisión, podrá emitir un pronunciamiento de fondo cuando lo considere necesario para, entre otros: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental.”⁶⁸ (negrita fuera de texto)*

99. En el asunto que se examina, el señor Antanas Mockus solicitó dejar sin efectos la Sentencia del 11 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad de su elección como congresista para el período constitucional 2018-2022 y, en consecuencia, que se ordenara a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar una nueva providencia respetuosa de sus derechos fundamentales, con el único fin de que se le permitiera mantenerse en el ejercicio de sus funciones como Senador de la República hasta el vencimiento del período constitucional para el cual fue elegido.

100. De entrada, la Sala considera necesario advertir que el período constitucional para el cual fue elegido el señor Antanas Mockus terminó el 19 de julio de 2022, pues el 20 de julio siguiente se instaló el nuevo Congreso de la República elegido el 13 de marzo de 2022 para el período constitucional 2022-2026. Esto significa que, durante el trámite de revisión, sobrevino una situación, ajena a cualquier conducta atribuible a la parte accionada, que hace imposible acceder a lo pretendido, pues ante la recomposición del Congreso de la República en virtud del mandato contenido en el artículo 132 de la Constitución Política, cualquier decisión favorable a los intereses del actor no surtiría ningún efecto y, por lo mismo, caería en el vacío.

101. En este caso no es posible aplicar una medida que, eventualmente, restablezca los derechos políticos del señor Antanas Mockus, ya que no existe fundamento constitucional ni legal alguno que autorice a aumentar el número de senadores, a ampliar el período para el cual fueron elegidos o a reemplazar a un senador por otro en

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-522 de 2019.

un nuevo período legislativo. La situación que acaba de advertirse supone, sin duda alguna, la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

102. Sin embargo, la Sala observa que la pretensión que originó el proceso de tutela se enmarca en una problemática constitucional que se proyecta sobre los derechos al debido proceso, en su componente de *non bis in idem*, y a elegir y ser elegido, a partir de la interpretación autorizada de una norma de reciente creación que, a juicio del actor, admite otro sentido y, por lo tanto, no resulta razonable.

103. De conformidad con las reglas definidas en la Sentencia SU-522 de 2019, la Sala Plena ha decidido realizar un pronunciamiento adicional sobre el fondo de la presente controversia. Ello, con la finalidad de avanzar en la comprensión de dichas garantías fundamentales en contextos que implican el ejercicio simultáneo de las acciones de nulidad electoral y de pérdida de investidura, en el marco de la Ley 1881 de 2018; y si fuere del caso, corregir la decisión judicial de segunda instancia proferida el 21 de enero de 2020 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela.

104. Como se expuso anteriormente, el hecho de que se presente una circunstancia sobreviniente, tal como ocurre en esta ocasión, no le impide a la Corte hacer un pronunciamiento de fondo sobre la problemática constitucional planteada de manera que se logre avanzar en la comprensión de los derechos fundamentales en discusión y/o corregir las decisiones judiciales de instancia, si hay lugar a ello.

C. Metodología a seguir para el estudio y la solución del caso planteado

105. Para resolver el asunto sometido a revisión, la Sala Plena adoptará la siguiente metodología:

106. En primer lugar, se ocupará del examen de procedencia de la acción de tutela. Para ello comenzará por verificar: *i*) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, dado que se trata de una exigencia común a cualquier solicitud de amparo; *ii*) la legitimación de los coadyuvantes, a quienes les fue rechazada su intervención en el presente trámite; y luego, *iii*) se detendrá a evaluar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

107. Solo en el evento en que se estime superado el examen de procedencia, en segundo lugar, se hará el planteamiento del problema jurídico y se expondrán los temas a tratar para, de esa manera, proseguir con el estudio de fondo de la controversia.

D. Examen de procedencia de la acción de tutela

i. La legitimación en la causa por activa y por pasiva

108. Según lo prevé el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la ley.⁶⁹

109. En desarrollo del citado mandato superior, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991,⁷⁰ definió los titulares de dicha acción,⁷¹ valga decir, quienes podrán impetrar el amparo constitucional: 1) bien sea en forma directa (el interesado por sí mismo); 2) por intermedio de un representante legal (en el caso de los menores de edad y de las personas jurídicas); 3) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder judicial o mandato expreso); 4) a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa); o, 5) por conducto tanto del defensor del pueblo como de los personeros municipales (facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión).⁷²

110. En el asunto *sub judice*, el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, por conducto de apoderado especial,⁷³ presentó la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al *non bis in idem* y al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, “*así como los derechos políticos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron como Senador de la República.*”

111. En esa medida, la Sala encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa, en lo que respecta a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales al *non bis in idem* y al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, cuyo único titular es el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

112. En contraste, frente a la invocación del amparo para que se tutelén los derechos políticos de cerca de 500.000 ciudadanos que, a través del ejercicio de su derecho al

⁶⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-819 de 2001, T-531 de 2002, T-711 de 2003, T-212 de 2009, T-778 de 2010, T-495 de 2013, T-561 de 2013, T-679 de 2013, T-470 de 2014, T-540 de 2015, T-361 de 2017, T-307 de 2018 y T-455 de 2019.

⁷⁰ “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política*”.

⁷¹ Interesa poner de presente que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de puntualizar, en relación con la figura de la acción de tutela, que si bien es cierto que la *informalidad* es una de sus notas características, cuyo fundamento justamente reside en la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, ello no es óbice para que la misma se someta a unos requisitos mínimos de procedibilidad, dentro de los cuales se encuentra el concerniente a la debida acreditación de la legitimación por activa -o la *titularidad*- para promover el recurso de amparo constitucional. Consultar, entre otras, las sentencias T-464A de 2006, T-493 de 2007 y C-483 de 2008.

⁷² El artículo 46 del Decreto 2591 de 1991 dispone expresamente que “*El defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que este en situación de desamparo e indefensión*”.

⁷³ Dentro del expediente obra el documento que contiene el poder especial debidamente presentado ante el Notario 11 del Círculo de Bogotá, disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “*Expediente T-7.835.841/T7835841 C1.pdf* (pág. 104-107).

voto, lo eligieron como senador, la Corte encuentra que el accionante no está habilitado para instaurar la acción de tutela en representación de tales electores.

113. El artículo 133 de la Constitución Política señala que los miembros de cuerpos colegiados representan al pueblo y que son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las “*obligaciones propias de su investidura*”. De este modo, la representación a que hace referencia esta disposición se circunscribe a las obligaciones que se señalan expresamente en el artículo 150 Superior, entre las cuales no se incluye la de ejercer “*agencia oficiosa*” o “*representación judicial*” de sus electores. De allí que, si bien los senadores tienen la facultad de representar políticamente a sus votantes en el ejercicio de sus funciones por circunscripción nacional, ello no los habilita para promover el amparo constitucional en su representación y, menos aún, cuando no se ha probado que estén imposibilitados para acudir por sí mismos a la acción de tutela.

114. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el extremo pasivo, conviene indicar que, en plena correspondencia con los artículos 5 y 13 del Decreto Ley 2591 de 1991,⁷⁴ la legitimación en la causa precisa del cumplimiento de dos requisitos: el primero, que se trate de uno de los sujetos frente a los cuales proceda la acción de tutela y, el segundo, que la conducta que genere la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

115. En esta oportunidad, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado está legitimada como parte pasiva, dada su calidad de autoridad perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público, y en la medida en que se le atribuye, en razón de la Sentencia por ella proferida el 11 de abril de 2019, el desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

ii. *La legitimación de los coadyuvantes*

116. El inciso final del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dispone que, “*quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.*”

117. En relación con el alcance de dicha disposición, en la Sentencia T-269 de 2012, la Corte explicó que los sujetos procesales con interés legítimo en el resultado de la acción de tutela se denominan *terceros* o *intervenientes*, de modo que solo quienes se encuentren en dicha posición podrán intervenir como *coadyuvantes*.

118. En esa medida, como se ha entendido uniformemente, los coadyuvantes son aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión

⁷⁴ Mientras el artículo 5° del referido decreto prevé que “*la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2° de esta disposición (...)*”, el artículo 13 *ejusdem*, por su parte, establece que “*la acción de tutela se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)*”.

en el proceso, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes. Así, la coadyuvancia se caracteriza por tener dicho tercero con cualquiera de las partes una relación sustancial, ajena a los efectos de la sentencia, pero que indirectamente puede verse afectada si la parte coadyuvada obtiene un fallo desfavorable.

119. En el trámite de la acción de tutela, la Corte ha precisado que los coadyuvantes *“se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones.”*⁷⁵

120. Tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales, esta condición resulta más exigente, pues se ha fijado como regla que los coadyuvantes no pueden aprovechar su intervención en el proceso para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, ya que si consideran que una providencia judicial es contraria a sus intereses, lo pertinente es que promuevan una acción de tutela individual y no que ventilen, en el proceso de amparo de derechos fundamentales ajenos, las razones de su inconformidad. En este sentido se ha pronunciado la Corte, entre otras, en la Sentencia T-269 de 2012, al advertir que:

“...siguiendo el concepto general del tercero coadyuvante, quienes tienen un interés legítimo en los resultados del proceso pueden coadyuvar la solicitud del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiera hecho la solicitud, pero no están facultados para solicitar la protección de sus propios derechos, mucho menos en detrimento de los derechos de quien solicitó el amparo, pues es la solicitud de este último la que le da la unidad al proceso de tutela. Pero, adicionalmente, si una persona considera que una providencia judicial desconoce sus derechos fundamentales, lo pertinente es que promueva una acción de tutela diferente y no que presente en el trámite de amparo de los derechos fundamentales ajenos las razones de su inconformidad.

“Esto último es indispensable atendiendo al carácter excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Aun cuando por regla general el juez constitucional no puede entrar a examinar los fallos de otros jueces excepto en las extraordinarias situaciones en las que la providencia es violatoria de los derechos fundamentales, en los eventos en los que adquiere potestad para hacerlo por reunirse los requisitos generales y específicos de procedibilidad, su competencia sigue teniendo como límites los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial y respeto por la cosa juzgada. Ellos se verían afectados en una medida mucho mayor si el juez constitucional avoca el estudio, no solo de los defectos planteados por el accionante, sino sobre otros defectos ‘nuevos’ que otros intervinientes pudieran aducir, toda vez que podrían ventilarse en una acción de carácter excepcional y subsidiaria la totalidad de los aspectos debatidos en las instancias precedentes. Un escenario como el planteado convertiría la acción de tutela en una tercera instancia, pese a que la Corte ha proscrito expresamente esta hipótesis. En este sentido, admitir las controversias propuestas por los terceros dentro del proceso de tutela en relación con sus propios derechos y con independencia de los hechos y derechos planteados por el accionante, desnaturalizaría la acción constitucional.”

121. Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver en primera instancia la acción de tutela, decidió no admitir las coadyuvancias presentadas por los

⁷⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-269 de 2012.

ciudadanos Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho, Eduardo Carmelo Padilla Hernández, Henry Gómez Nieto, Aníbal Carvajal Vásquez, Luis Alfonso Plazas Vega y Albeiro Bohórquez Manrique. En criterio de esa autoridad judicial, los legitimados para intervenir en los procesos de tutela, cuando se discuten providencias judiciales, son todos aquellos sujetos que tuvieron la calidad de *parte* debidamente reconocida en dichas actuaciones, de modo que, tratándose de decisiones proferidas en procesos electorales, *“la participación del interesado en el censo electoral no le otorga legitimación para actuar en la tutela [...]”*

122. Esta Corte no comparte dicha postura, pues desconoce la facultad reconocida en el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 a los terceros y, en especial, a los terceros coadyuvantes para intervenir en el trámite de la acción de tutela, a favor o en contra de alguna de las partes procesales, siempre que demuestren un interés legítimo y no reclamen la protección de sus propios derechos e intereses.

123. Sobre esa base, para la Sala los ciudadanos mencionados, en principio, estarían legitimados para intervenir como coadyuvantes en la presente causa, no obstante que ninguno de ellos fue parte en el proceso de nulidad electoral. Sin embargo, es menester señalar que no todos lograron acreditar un interés legítimo en el resultado de la acción de tutela, como pasa a explicarse enseguida.

124. Hubo un grupo de coadyuvantes que manifestaron su interés en intervenir dentro del trámite de la acción de tutela para apoyar los fundamentos de la demanda amparados en su condición electores. Se trata de los ciudadanos **Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho, Aníbal Carvajal Vásquez y Albeiro Bohórquez Manrique**. Cada uno de ellos, además de exponer su postura, solicitó al juez constitucional que amparara su derecho político a elegir y ser elegido. Comoquiera que la figura de la coadyuvancia es permitida siempre que el tercero no busque con ella actuar en beneficio de sus propios intereses, la Sala concluye que, en este caso, no se encuentra legitimada su intervención. Por lo tanto, no se hará un pronunciamiento sobre lo alegado por los ciudadanos mencionados.

125. Un segundo grupo de coadyuvantes, en cambio, concurrieron al proceso de tutela con el fin de defender la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, entre ellos, el ciudadano **Luis Alfonso Plazas Vega**, quien solicitó que se le reconociera como tercero interesado en el resultado de la acción debido a que fue candidato al Senado de la República para el mismo período al que aspiró el accionante y, en esa medida, considera necesario *“establecer la recomposición del Senado de la República, excluyendo los votos obtenidos por la lista encabezada por el accionante”*, con el fin de que se garantice su derecho a acceder a una curul.

126. Conforme a los parámetros explicados previamente, el ciudadano Luis Alfonso Plazas Vega tampoco acredita un interés legítimo para intervenir en la presente causa. Su condición de aspirante al Senado de la República no lo habilita para actuar como coadyuvante en sede de tutela, ya que si considera que, como resultado de la sentencia cuestionada, tiene derecho a acceder a una curul de congresista, ha debido plantear

dicha pretensión en el trámite del contencioso electoral o iniciar una acción judicial independiente para hacer valer sus propios derechos e intereses.

127. Finalmente, en el caso de los ciudadanos **Eduardo Carmelo Padilla Hernández** y **Henry Gómez Nieto**, aunque ambos coadyuvaron a la parte accionada, el primero de ellos fundó su intervención en el hecho de haber sido parte procesal en el contencioso de pérdida de investidura, y formuló una serie de peticiones encaminadas a que se investigara disciplinariamente al apoderado del accionante, Humberto de la Calle Lombana; a que se investigara penalmente al señor Antanas Mockus; y a que se anularan 540.000 votos que fueron depositados en favor de éste; mientras que el segundo ciudadano no manifestó ningún interés particular más allá de asegurar ser víctima de los “*infractores Lombana y Mockus*”.

128. En estos dos casos, la Corte también habrá de desestimar las coadyuvancias, puesto que no se advierte un interés legítimo en el resultado de la acción de tutela.

129. En relación con el ciudadano Padilla Hernández, su calidad de demandante en el proceso de pérdida de investidura no lo faculta para entrar a cuestionar, en sede de tutela, la conducta subjetiva del demandado, por cuanto la acción constitucional no se dirige contra la sentencia proferida en el proceso de pérdida de investidura, sino contra el fallo de única instancia dictado en el contencioso de nulidad electoral, proceso en el que no se juzga ni se sanciona la conducta del candidato que resultó elegido, sino la legalidad del acto que declaró su elección. En esa medida, la coadyuvancia presentada pierde cualquier sustento porque el fallo que intenta defender no abordó esta cuestión por no ser de competencia del juez de lo electoral, y sus pretensiones solo buscan satisfacer un interés personal que ha debido ventilar en el proceso de pérdida de investidura en el que gozó de todas las garantías para ello.

130. Con respecto al ciudadano Gómez Nieto, solo resta señalar que del contenido de su escrito no se logra advertir cuál es su verdadero interés en que se deje en firme la decisión objeto de cuestionamiento. Por el sentido de sus afirmaciones parecería que existe cierta animosidad con el accionante y su apoderado, pero esto no es suficiente para acreditar el interés legítimo que se exige al momento de coadyuvar una acción de tutela por cualquiera de las partes involucradas.

iii. *La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia*⁷⁶

131. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo sumario, preferente y subsidiario de defensa judicial cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la Constitución y en la ley.

⁷⁶ Epígrafe elaborado tomando como referencia la base argumentativa contenida en las Sentencias T-455 de 2019, T-344 de 2020 y SU-257 de 2021

132. Tal y como se indicó en la Sentencia C-543 de 1992, por regla general, la acción de tutela es improcedente cuando mediante ella se pretenden cuestionar providencias judiciales, debido a la prevalencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y a la garantía procesal de la cosa juzgada. Sobre el particular, en dicha providencia la Corte sostuvo que:

“La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

“Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho.”⁷⁷

133. Sin embargo, en esa misma oportunidad también se estableció que *“de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales [...]”⁷⁸*. De modo que, si bien se entendió que, en principio, la acción de tutela no procedía contra providencias judiciales, se dijo que, excepcionalmente, su ejercicio era viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial cuando de la actuación judicial se advirtiera la violación o amenaza de un derecho fundamental.

134. A partir de lo allí decidido, la jurisprudencia constitucional desarrolló el criterio conforme al cual, el supuesto de hecho que daba lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se configuraba cuando la actuación judicial incurría en una desviación de tal magnitud que el acto proferido no merecía la denominación de providencia judicial, pues había sido despojada de dicha calidad. En desarrollo de lo expuesto, se determinó que el ordenamiento jurídico no podía amparar situaciones que, cobijadas, en principio, por el manto del ejercicio autónomo de la función judicial, comportaban una violación protuberante de la Constitución y, en especial, de los bienes jurídicos más preciados para el hombre (derechos fundamentales). Esta figura se denominó inicialmente *“vía de hecho”* y su posterior desarrollo llevó a determinar la existencia de varios tipos de vicios o defectos, entre los cuales se encuentran el *sustantivo*, el *orgánico*, el *fáctico* y el *procedimental*.

⁷⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

⁷⁸ Ibidem.

135. Con posterioridad, la Corte, en la Sentencia C-590 de 2005,⁷⁹ si bien afirmó, como regla general, la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con el fin de resguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial también aceptó, en concordancia con la jurisprudencia proferida hasta ese momento, que en circunstancias excepcionales sí era procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se verificaba la vulneración de derechos fundamentales y se acreditaba el cumplimiento de ciertos requisitos que demarcaban el límite entre la protección de los citados bienes jurídicos y los principios y valores constitucionales que resguardan el ejercicio legítimo de la función judicial. Dichos requisitos fueron divididos en dos categorías, siendo unos *generales*, referidos a la procedencia de la acción de tutela, y los otros *especiales*, atinentes a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso.

136. En cuanto se refiere a los *requisitos generales*, la Corte ha identificado seis condiciones cuyo cumplimiento se debe verificar antes de entrar en el estudio del fondo de la controversia, pues habilitan la procedencia del amparo constitucional. Tales requisitos son: 1) *relevancia constitucional*: el juez de tutela solo puede resolver controversias de orden constitucional con el objeto de procurar la materialización de derechos fundamentales. No puede inmiscuirse en controversias legales.⁸⁰ Para determinar si un asunto es constitucionalmente relevante se deben evaluar los siguientes tres criterios: *i*) la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal o económico, *ii*) el caso debe involucrar algún debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de un derecho fundamental y, por último, *iii*) la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios;⁸¹ 2) *agotar todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa al alcance de la persona afectada, a menos que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable*: tiene por finalidad evitar el vaciamiento de las competencias de las distintas autoridades jurisdiccionales y el desborde institucional;⁸² 3) *inmediatez*: la protección del derecho fundamental debe procurarse en un plazo razonable y proporcional a la ocurrencia del hecho que originó la vulneración alegada;⁸³ 4) *irregularidad procesal determinante en la providencia*: si lo que se discute es la ocurrencia de una irregularidad procesal, es indispensable que el vicio alegado incida de tal forma en la decisión final, que de no haberse presentado o haberse corregido a tiempo, esta hubiese variado sustancialmente;⁸⁴ 5) *identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración, de los derechos presuntamente trasgredidos, y que ello se hubiese alegado en la instancia*: es necesario que quien reclama la protección constitucional mencione los derechos afectados, identifique con cierto nivel de detalle en qué consiste la violación alegada y demuestre de qué forma

⁷⁹ En esta oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que proscribía cualquier acción contra la sentencia que resolviera el recurso extraordinario de casación en materia penal.

⁸⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-344 de 2020 y SU-257 de 2021.

⁸¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-134 de 2022.

⁸² Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-946 de 2014, SU-537 de 2017.

⁸³ Cfr., Corte constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-537 de 2017 y SU-257 de 2021.

⁸⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-344 de 2020 y SU-257 de 2021.

aquella se aparta del ámbito del derecho o incurre en una actuación abusiva contraria al orden jurídico, debiendo haber planteado el punto de manera previa en el proceso respectivo, siempre que fuese posible;⁸⁵ y 6) *que el amparo no se dirija contra sentencias de tutela*: se busca que las controversias sobre derechos fundamentales no puedan extenderse en el tiempo. Sin embargo, frente a dicha prohibición sobreviene la cláusula de excepción contenida en la Sentencia SU-627 de 2015,⁸⁶ que prevé la procedencia de la acción de tutela contra fallos de tutela en casos de fraude.

137. En lo relacionado con los *requisitos especiales*, estos fueron unificados en las denominadas causales de procedencia, a partir del reconocimiento de los siguientes ocho defectos o vicios materiales: 1) *orgánico*,⁸⁷ 2) *sustantivo*,⁸⁸ 3) *procedimental*,⁸⁹ 4) *fáctico*,⁹⁰ 5) *error inducido*,⁹¹ 6) *decisión sin motivación*,⁹² 7) *desconocimiento del precedente constitucional*⁹³ y 8) *violación directa a la Constitución*.

138. En suma, ha de concluirse que la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, siempre que 1) se cumplan todos los requisitos generales de procedencia; 2) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en uno o varios defectos materiales; y 3) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

139. Teniendo como fondo las recién apuntadas reglas de naturaleza procesal y conforme a la metodología planteada inicialmente (*ut supra* 88), la Corte entrará a verificar si, en esta oportunidad, la acción de tutela supera el examen de los requisitos generales de procedencia.

iv. *Verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales*

Relevancia constitucional

⁸⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-335 de 2017 y SU-257 de 2021.

⁸⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-627 de 2015. Para mayor detalle sobre estas reglas, revítese el fundamento jurídico 4.6 de la referida providencia.

⁸⁷ Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello (Sentencia C-590 de 2005).

⁸⁸ Aquellos casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, no se hace uso de una norma que claramente aplicaba al caso o que presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión (Sentencia C-590 de 2005).

⁸⁹ Se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (Sentencia C-590 de 2005).

⁹⁰ Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (Sentencia C-590 de 2005).

⁹¹ Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y esa circunstancia condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales (Sentencia C-590 de 2005).

⁹² Se traduce en el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que allí reposa la legitimidad de su decisión funcional. (Sentencia C-590 de 2005).

⁹³ Se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance (Sentencia C-590 de 2005).

140. En el presente juicio, la cuestión que se debate es constitucionalmente relevante porque involucra una discusión jurídica sobre la comprensión de los derechos fundamentales al debido proceso –en su componente de *non bis in idem*–, a la tutela judicial efectiva y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político en un contexto que implica el ejercicio simultáneo de las acciones de nulidad electoral y de pérdida de investidura.

141. En actor no solo identifica y enuncia las garantías constitucionales que considera transgredidas, sino que, además, da cuenta de su grado de afectación, a partir de lo que considera ha sido una aplicación errada del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

142. Con argumentos razonables cuestiona la competencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para dictar sentencia de única instancia en el proceso contencioso que culminó con la nulidad de su elección como congresista, y sobre esa base, el alcance que dicha autoridad le otorgó a la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política, que difiere del razonamiento del juez de la pérdida de investidura. Este aparente desvío de la senda procesal impuesta por el ordenamiento jurídico tendría graves repercusiones en las garantías básicas del debido proceso.

143. Desde esa perspectiva, no se advierte que la acción de tutela persiga un interés de carácter económico, pues, como es evidente, ni el origen de la controversia ni las pretensiones de la demanda se perfilan en esa dirección.

144. Tampoco se observa que haya sido utilizada como una instancia adicional para reabrir un debate concluido o para reemplazar los recursos ordinarios. Antes bien, los fundamentos de la demanda, en principio, despiertan dudas sobre la legitimidad de la decisión censurada y, por tratarse de un proceso de única instancia, no se insiste en reparos respecto de los cuales el juez electoral haya tenido oportunidad de pronunciarse.

Agotamiento de todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa al alcance de la persona afectada

En el asunto que se revisa, la Sala encuentra que el accionante no dispone de ningún recurso ordinario o extraordinario para impugnar la sentencia objeto de la acción de tutela.

145. En efecto, el artículo 149.3 del CPACA establece que el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que el reglamento disponga, conocerá en *única instancia*, entre otros procesos, del de nulidad del acto de elección de los senadores. En esa medida, es claro que contra la decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019 no cabe ningún recurso ordinario.

146. Ahora bien, la parte accionada y varios de los sujetos vinculados al presente trámite aseguraron que el actor tenía a su alcance el recurso extraordinario de revisión para controvertir la sentencia atacada por vía de tutela. En este punto, sea lo primero señalar que el recurso extraordinario de revisión procede contra las decisiones ejecutoriadas proferidas por las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado.⁹⁴ En la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha explicado que este recurso es “... *un medio de impugnación excepcional que permite afectar las sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo revestidas por la intangibilidad de la cosa juzgada, cuandoquiera que se acredite de manera inequívoca la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 250 de la mencionada codificación, que buscan enmendar errores o ilicitudes cometidos en la expedición de la sentencia, con el fin de restituir el derecho al afectado a través de una nueva sentencia.*”⁹⁵

147. Esta Corte, en varios de sus pronunciamientos, también ha señalado que el recurso extraordinario de revisión, que se ejercita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “... *procede en ciertos casos excepcionales, en los que es necesario dejar sin valor las sentencias ejecutoriadas dictadas por esa jurisdicción, que por hechos o circunstancias no conocidas en el momento de adoptar la decisión, o acaecidas con posterioridad a la decisión judicial, revelan que esta es injusta o está fundada en un error, fraude o ilicitud. De esta manera, mediante este mecanismo judicial se busca, esencialmente, el restablecimiento de la justicia material, al ordenar emitir una nueva providencia fundada en razones de justicia material que resulte acorde con el ordenamiento jurídico. Por tanto, es una excepción al principio general de la cosa juzgada.*”⁹⁶

148. Las causales para la interposición del recurso son las previstas en el artículo 250 del CPACA. En general, se trata de hechos nuevos y externos al proceso, que aparecen con posterioridad a la sentencia. Estos hechos tienen el potencial de alterar la decisión contenida en la sentencia y el valor de la cosa juzgada por alguna de las siguientes circunstancias: 1) haberse encontrado o recobrado, después de dictada la sentencia, documentos decisivos con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria; 2) haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados; 3) haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición; 4) haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia; 5) existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación; 6) aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar; 7) no tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del

⁹⁴ Cfr. Artículo 248 CPACA.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-Sala Cuarta Especial de Revisión-, Sentencia del 1º de septiembre de 2020, rad. 00266-00 (REV).

⁹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-210 de 2017.

reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida; 8) ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

149. En relación con estas causales, la Corte ha precisado que, por regla general, no tienen como propósito reabrir el debate y discutir el criterio hermenéutico del juez, salvo en el caso de la causal 4^a. Las causales 5^a y 8^a tienen naturaleza procesal, mientras que las causales “1, 2, 3, 6 y 7 recaen sobre aspectos que atañen a la validez o insuficiencia de los elementos de prueba que determinaron el sentido de la decisión.”⁹⁷

150. En la Sentencia SU-026 de 2021, reiterada en la Sentencia SU-257 de 2021, la Sala Plena reafirmó las subreglas sobre la relación entre el recurso extraordinario de revisión en materia contencioso administrativa y la acción de tutela contra providencias judiciales.⁹⁸ En estos pronunciamientos se precisó que el recurso extraordinario es un medio idóneo y eficaz en casos en los que se ataca una sentencia ejecutoriada por violación del derecho al debido proceso, pues se trata de un recurso idóneo de cara a lograr su protección. No obstante, la Sala advirtió que el juez debe, en todo caso, estudiar las circunstancias propias del litigio, razón por la cual fijó dos reglas de procedencia directa de la acción de tutela: 1) procede en los casos en los que el derecho fundamental no pueda protegerse integralmente en el marco del recurso extraordinario de revisión; y 2) procede en los casos en los que las causales no encuadran en los hechos que soportan la acción de tutela.

151. Con anterioridad, esta Corte había precisado las condiciones en las que el recurso extraordinario de revisión podía llegar a desplazar a la acción de tutela. En la Sentencia T-553 de 2012, cuyos fundamentos jurídicos fueron reiterados en la Sentencia SU-090 de 2018, señaló que ello ocurre cuando: “a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho.”⁹⁹

152. De acuerdo con estos criterios, la Sala concluye que los yerros aducidos por el accionante no se encuadran en ninguna de las causales de revisión previstas en el artículo 250 del CPACA.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Cfr. Sentencia SU-026 de 2021. En este caso la Corte declaró la improcedencia de una acción de tutela interpuesta contra una sentencia del Consejo de Estado que declaró la caducidad de una acción de reparación directa en un caso en que se demandaba la indemnización de los perjuicios causados por la ocupación de una finca por grupos armados al margen de la ley. La Corte encontró que los defectos propuestos en la acción de tutela tienen como sustento exclusivo la violación del derecho al debido proceso, razón por la cual la protección de este derecho se encuadra dentro de la causal prevista en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA. Igualmente constató que la Sala Plena del Consejo de Estado dictó fallo en el que anuló la sentencia objeto de la acción.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-090 de 2018.

153. Aunque, como lo sugirió el demandante y algunos de los intervinientes, los defectos que se le atribuyen a la providencia atacada podrían estar comprendidos en las causales 5ª y 8ª de revisión, referidas, en su orden, a la existencia de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procede el recurso de apelación, y ser la sentencia contraria a una anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, lo cierto es que, en el presente caso, no se configura ninguna de dichas causales conforme al relato expuesto en la demanda de amparo.

154. Con respecto a la causal 5ª, es importante poner de presente que, tal y como lo ha indicado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando se dan los supuestos previstos taxativamente en el artículo 133 del Código General del Proceso –por remisión del artículo 208 del CPACA–, las segundas deben interpretarse con apoyo en unos determinados elementos que el mismo Consejo de Estado ha perfilado en su jurisprudencia. Sobre esa base, la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir: “ a) Cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia; b) Cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme; c) Cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido; d) Cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia; e) Cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en esta, f) Cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia; g) Cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en estos casos, antes de la oportunidad debida.”¹⁰⁰

155. En el asunto *sub judice*, es evidente que los defectos alegados por el actor no se adecuan a ninguno de los supuestos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido como configurativos de la causal extraordinaria de revisión por nulidad originada en la sentencia, ni siquiera al relacionado con la falta de jurisdicción o competencia del juez. Como se precisó con anterioridad, no obstante que aquél le endilgó a la sentencia que puso fin al proceso de nulidad electoral un defecto orgánico, su reproche no se enmarca en el típico caso de falta de aptitud del funcionario judicial para ejercer la jurisdicción del Estado en la causa sometida a su conocimiento.

156. En lo que concierne a la causal 8ª de revisión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que para que se estructure dicha causal es necesario que: “i)

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de mayo de 2011, rad. 11001-03-15-000-2008-00294-00 (Rev.); Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, Sentencia del 28 de febrero de 2013, rad. 1216-09 (Rev.).

existan dos sentencias contradictorias; ii) que la providencia contrariada constituya cosa juzgada, lo cual sucede en procesos donde están involucradas las mismas partes, que versan sobre el mismo objeto y se adelantan por la misma causa; y iii) que en el segundo proceso no se haya podido proponer como excepción la cosa juzgada."¹⁰¹

157. En esta oportunidad, tampoco se cumplen las condiciones expuestas para que proceda el recurso extraordinario de revisión, básicamente, porque no existe identidad de partes ni identidad de objeto entre la sentencia proferida por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019 y la dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 11 de abril de 2019. Se trata de decisiones judiciales que resuelven pretensiones de naturaleza distinta, pues mientras en la nulidad electoral los demandantes atacaron la legalidad del acto de elección de Antanas Mockus como congresista, en la pérdida de investidura varios de ellos y otros distintos cuestionaron su comportamiento anterior a la elección y solicitaron la imposición de una sanción que le imposibilitara volver a resultar elegido popularmente por violar el régimen de inhabilidades. En consecuencia, al tratarse de procesos de distinta naturaleza, con objeto igualmente distinto, es evidente que no cabe predicar la configuración de la cosa juzgada en los términos en que ha sido entendida la causal 8ª contenida en el artículo 250 del CPACA.

158. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera la procedencia del recurso extraordinario de revisión, lo cierto es que este mecanismo tampoco resultaría idóneo ni eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, pues el desconocimiento del debido proceso –y de las garantías constitucionales asociadas a este– no fue la única violación alegada en la demanda de tutela. También se reclamó el amparo del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y se planteó la existencia de un defecto sustantivo y de un defecto fático por error en la valoración probatoria, aspectos todos estos que, por su naturaleza, difícilmente podrían ser abordados dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión.

159. En esa medida, comoquiera que ha quedado demostrado que los defectos atribuidos a la sentencia enjuiciada no son susceptibles de enmarcarse en alguna de las causales de revisión previstas en el artículo 250 del CPACA y, por lo mismo, no existe otro medio judicial de defensa, distinto a la acción de tutela, del que el actor pueda hacer uso para salvaguardar sus derechos fundamentales, el requisito de subsidiaridad se tiene por cumplido.

Inmediatez

160. Este requisito también se satisface en el presente caso, ya que la acción de tutela se presentó de manera oportuna, esto es, doce días después de proferida la sentencia de

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de febrero de 2020, rad. 11001-03-15-000-2017-01809-00 (Rev).

nulidad electoral. Ello, comoquiera que dicho fallo es del 11 de abril de 2019, y la demanda de amparo se radicó el 23 de abril del mismo año.¹⁰²

Irregularidad procesal decisiva

161. Como fundamento de la acción se aduce la existencia de una irregularidad procesal, que consiste en que el juez electoral no reconoció los efectos de la cosa juzgada que, a juicio del actor, se predicen del fallo de primera instancia proferido en el contencioso de pérdida de investidura por tratarse del “*primer fallo*” al que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Ello resulta determinante para la decisión porque de no haberse presentado esa aparente irregularidad, la sentencia que ahora se cuestiona habría variado sustancialmente.

Identificación razonable de los hechos y de los derechos vulnerados

162. El actor logró identificar los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración alegada y los derechos fundamentales que estima trasgredidos con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Quinta, articulando un discurso claro que supo encuadrar en los defectos procedimental, orgánico, fáctico y sustantivo. Sin embargo, es necesario advertir que, dado que aquella sentencia fue proferida en un proceso de única instancia, es evidente que el accionante no tuvo oportunidad de plantear dentro de dicho proceso la afectación de sus derechos fundamentales.

Que no se ataquen sentencias de tutela

163. Como se ha mencionado con suficiencia, la decisión judicial que se cuestiona fue dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro de un proceso de nulidad electoral. Por lo tanto, es palmario que el amparo constitucional no se dirige contra una sentencia de tutela.

E. Planteamiento del caso, formulación de los problemas jurídicos y esquema de resolución

164. Conforme se expuso en los antecedentes de esta providencia, en contra del ciudadano Antanas Mockus, elegido Senador de la República para el período constitucional 2018-2022, se promovieron, de forma simultánea, los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura. Ambos procesos basados en los mismos hechos y con fundamento en la misma causal: la violación del régimen de inhabilidades.

165. En cada uno de ellos los demandantes alegaron que el Senador Mockus había violado la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, ya que, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección, se desempeñó como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y, mientras ejercía

¹⁰² *Ut supra* 21 y 28.

tales funciones, dicha Corporación celebró dos “Convenios de Asociación” con entidades públicas del orden departamental y distrital, respectivamente.

166. La primera decisión en el tiempo se produjo con el fallo de la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019. En esta providencia se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura, con fundamento en que no se configuró la causal de inhabilidad (ausencia del elemento objetivo de la pérdida de investidura), puesto que, dijo, el demandado había delegado en el Director Ejecutivo la representación legal de CORPOVISIONARIOS, y fue este último quien suscribió los convenios de asociación con entidades públicas.

167. La anterior decisión fue impugnada por la parte demandante y, antes de que se decidiera el recurso de apelación, el 11 de abril de 2019 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sede de única instancia, dictó la sentencia aquí enjuiciada. Consideró que, al no estar en firme la sentencia del proceso de pérdida de investidura, no era posible decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en los términos del párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018.

168. En consecuencia, resolvió declarar la nulidad de la elección del Senador Mockus, tras encontrar materializada de forma objetiva la causal de inhabilidad invocada en la demanda. A su juicio, la delegación de funciones efectuada por el demandado al Director Ejecutivo no lo despojó de su condición de Representante Legal de CORPOVISIONARIOS, por lo que debía entenderse que sí celebró los contratos objeto de cuestionamiento, solo que lo hizo a través de un tercero delegatario.

169. Inconforme con este pronunciamiento, el señor Antanas Mockus, por conducto de apoderado judicial, acudió a la acción de tutela con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso –en su garantía de *non bis in idem*–, a la tutela judicial efectiva y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para el actor, la sentencia que anuló su elección como congresista incurrió en los defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico y sustantivo.

170. Sobre los *defectos orgánico y procedimental absoluto*, adujo que se configuraron en la medida en que la Sección Quinta no tenía competencia para proferir sentencia de fondo, toda vez que la Sala Especial de Decisión ya había dictado “*primer fallo*” en el proceso de pérdida de investidura, por lo que, en estos casos, lo que correspondía era reconocerle efectos de cosa juzgada a dicha decisión y estarse a lo allí resuelto, o remitir el asunto a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que ella decidiera tanto la impugnación del fallo de pérdida de investidura como la demanda de nulidad electoral.

171. En cuanto al *defecto fáctico*, sostuvo que la Sección Quinta erró en la valoración probatoria porque, a pesar de lo consignado en los estatutos de CORPOVISIONARIOS, de la existencia de actos de delegación previos, de la práctica aceptada por las entidades públicas y privadas que han contratado con CORPOVISIONARIOS en el sentido de que su Representante Legal es el Director Ejecutivo, concluyó, contra toda evidencia, que

dicha delegación no era válida y que, por tanto, fue él quien a través de interpuesta persona celebró los convenios de asociación, lo cual, a su juicio, constituye “*una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.*”

172. En lo que respecta al *defecto sustantivo*, alegó que el juez de lo electoral realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad relativa a la gestión de negocios o celebración de contratos, pues a pesar de que halló probado que el demandado no suscribió personalmente los aludidos contratos, concluyó que la delegación de funciones era asimilable a un contrato de mandato y, por lo mismo, se entendía que el Director Ejecutivo había actuado en su representación. Según el actor, esta interpretación del artículo 179.3 de la Constitución desconoció que para se configure el elemento material y objetivo de la inhabilidad se requiere la intervención directa y personal del candidato en la celebración del negocio jurídico.

173. De la acción de tutela conoció, en primera instancia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En Sentencia del 2 de julio del 2019 amparó los derechos fundamentales del actor y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo cuestionado, ordenándole a la Sección Quinta “*abstenerse de proferir sentencia en el proceso [...] hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 19 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura [...]*”. Impugnada dicha decisión, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió revocarla, mediante Sentencia del 21 de enero de 2020 y, en su lugar, declaró la improcedencia del amparo.

174. Cabe precisar que antes de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dictara el fallo de tutela de segunda instancia, esa misma Sala Plena ya había decidido la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia del proceso de pérdida de investidura y no encontró configurada objetivamente la causal de pérdida de investidura y, por ende, confirmó la decisión de primer grado que había desestimado las pretensiones de la demanda.

175. Lo anterior significa que, en relación con el elemento objetivo de la causal de inhabilidad que comparten la nulidad electoral y la pérdida de investidura en el caso analizado, los jueces que conocieron de estos procesos llegaron a entendimientos distintos acerca de su configuración. Mientras la Sección Quinta, en Sentencia del 11 de abril de 2019, consideró acreditado el elemento objetivo de la causal por violación del régimen de inhabilidades y anuló la elección del ciudadano Antanas Mockus, con fundamento en los mismos supuestos fácticos y jurídicos la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en Sentencia del 19 de febrero de 2019, encontró que ésta no se había configurado y, por tal razón, se abstuvo de decretar la sanción de pérdida de investidura, sentencia que luego de haberse presentado la acción de tutela fue confirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 8 de octubre de 2019.

176. Fijados los límites del presente asunto, le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional resolver los siguientes interrogantes:

a) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los *defectos orgánico y procedimental absoluto*, y por esa vía, vulneró el derecho fundamental al debido proceso, en su garantía de *non bis in idem*, del señor Antanas Mockus, al no reconocerle efectos de cosa juzgada al fallo de primera instancia proferido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019 y, en consecuencia, proceder a dictar sentencia de única instancia, el 11 de abril de 2019, declarando la nulidad de su elección como congresista con fundamento en que el “*primer fallo*” no se encontraba en firme porque no se había resuelto el recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia?

b) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un *defecto fáctico*, en su dimensión positiva, al determinar que la representación legal de CORPOVISIONARIOS estuvo radicada única y exclusivamente en su Presidente, es decir, en el señor Antanas Mockus, no obstante que aquél delegó la facultad de representación en el Director Ejecutivo de la entidad?

c) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un *defecto sustantivo*, al concluir que la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución se extiende al evento en que la celebración de contratos con una entidad pública se hubiese efectuado a través de un delegado?

177. Para dar respuesta a estos interrogantes, la Corte comenzará con una breve caracterización de los defectos procedimental absoluto, orgánico, fáctico y sustantivo. Luego, expondrá algunos temas relevantes en relación con *i)* las acciones públicas de nulidad electoral y de pérdida de investidura, y sus generalidades; *ii)* las principales diferencias entre la nulidad electoral y la pérdida de investidura en el caso de los congresistas; *iii)* la garantía del *non bis in idem* y su aplicación en los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura; *iv)* el contenido normativo del párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018; y, *v)* la gestión de negocios o la celebración de contratos como causal de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas (art. 179.3 de la Constitución).

178. Con sustento en lo anterior, se dará solución al caso concreto verificando si se configuran los defectos alegados por el actor conforme a los problemas jurídicos planteados.

**F. Breve caracterización de los defectos materiales atribuidos a la sentencia censurada: defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico y sustantivo.
Reiteración de jurisprudencia**

El defecto orgánico

179. El defecto orgánico se sustenta en la garantía del juez natural prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, y en los fundamentos del Estado de Derecho, en la medida en que a las autoridades solo les está permitido realizar aquello que previamente la ley les permite, faculta o autoriza, tal como lo establecen los artículos

6 y 121 Superiores. En este sentido, la configuración de un vicio orgánico se presenta en aquellos casos en los que la decisión judicial es adoptada por quien carece, en forma absoluta, de competencia para ello.¹⁰³

180. Este defecto ocurre porque el peticionario se encuentra supeditado a una situación en la que existe una actuación consolidada y no tiene otro mecanismo de defensa.¹⁰⁴ De igual forma, tiene cabida cuando en el transcurso del proceso el afectado puso de presente las circunstancias de incompetencia absoluta, y dicha situación fue desechada por los jueces de instancia, incluso en el trámite de recursos ordinarios y extraordinarios, validándose así una actuación fundada en una competencia inexistente.¹⁰⁵

181. En la jurisprudencia constitucional se han identificado dos hipótesis en las que cabe predicar la existencia de un defecto orgánico: *i)* la funcional, cuando la autoridad judicial extralimita de forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, lo que, en ocasiones, puede desconocer los márgenes decisionales de otras autoridades; y *ii)* la temporal, cuando el juez cuenta con ciertas atribuciones o competencias, pero las ejerce por fuera del término previsto para ello.¹⁰⁶

182. De cualquier modo, es importante resaltar que, como lo advertido la Corte Constitucional, la *“estructuración de esta causal tiene carácter cualificado, debido a que no basta con que se alegue la falta de competencia del funcionario judicial, sino que se debe estar en un escenario en el que, de acuerdo con los lineamientos contenidos en las normas jurídicas aplicables, resulta irrazonable considerar que la autoridad judicial estaba investida de la potestad de administrar justicia.”*¹⁰⁷

El defecto procedimental absoluto

183. El defecto procedimental absoluto encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política,¹⁰⁸ y se presenta cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando se aparta abierta e injustificadamente de la normatividad procesal que es aplicable al caso concreto. Esto último conduce al desconocimiento absoluto de las formas propias de cada juicio *i)* porque el funcionario judicial sigue un trámite por completo ajeno al pertinente o *ii)* porque pretermite etapas o fases sustanciales del procedimiento en detrimento del derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. Inclusive, por vía excepcional, la jurisprudencia constitucional también ha determinado

¹⁰³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

¹⁰⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-058 de 2006, T-446 de 2007, T-929 de 2008, T-511 de 2011, T-929 de 2012, T-267 y T-309 de 2013 y T-334 de 2020.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-770 de 2014, SU-565 de 2015, SU-585 de 2017, SU-050 de 2018, SU-072 de 2018, SU-309 de 2019, SU-373 de 2019, SU-355 de 2020, SU-388 de 2021 y SU-157 de 2022.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 2022.

¹⁰⁸ La primera de las disposiciones citadas se ocupa del derecho fundamental al debido proceso y de la obligación de observar las formas propias de cada juicio, mientras que la segunda establece el derecho de acceso a la administración de justicia y, en particular, la prevalencia del derecho sustancial en toda clase de actuaciones judiciales.

que el defecto procedimental puede originarse *iii*) por exceso ritual manifiesto¹⁰⁹ y *iv*) por ausencia de defensa técnica.¹¹⁰

184. En cualquiera de las hipótesis planteadas, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el marco de esta causal se sujeta al concurso simultáneo de las siguientes situaciones: *i*) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela, salvo que se advierta la ocurrencia de un perjuicio irremediable; *ii*) que el defecto procesal sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de vulnerar los derechos fundamentales; *iii*) que la irregularidad haya sido alegada en el proceso ordinario, salvo que ello hubiese sido imposible, de acuerdo con las especificidades del caso concreto; *iv*) que la situación irregular no sea atribuible al afectado; y finalmente, *v*) que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales.¹¹¹

El defecto fáctico

185. El defecto fáctico es aquel que “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.”¹¹² Se configura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión atribuibles a deficiencias probatorias del proceso.

186. Esta Corte ha identificado dos dimensiones o formas de configuración del defecto fáctico: una *positiva*, “que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello”¹¹³, y otra *negativa*, asociada a “la omisión en la valoración de una prueba determinante o en el decreto de pruebas de carácter esencial.”¹¹⁴

187. De esta manera, se configura un defecto fáctico en su dimensión *positiva* cuando la decisión del juez se funda en elementos probatorios que no resultan aptos para la conclusión a la que arribó. En tal sentido, el juez constitucional debe preguntarse, en concreto, *i*) por la calidad de las pruebas que le permitieron al juez llegar al convencimiento del asunto, y *ii*) por la valoración que aquel hizo de estas. Es cierto que, como se manifestó, toda autoridad judicial cuenta con una amplia libertad en ese ejercicio valorativo, pero esta libertad no es absoluta, en tanto debe respetar criterios de racionalidad y razonabilidad.¹¹⁵

188. Para identificar si una decisión judicial comporta un defecto fáctico en su dimensión *positiva*, la Corte ha fijado algunos criterios generales que fueron recopilados en la Sentencia SU-257 de 2021 en los siguientes términos:

¹⁰⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-1045 de 2012.

¹¹⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2010.

¹¹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-418 de 2019 y SU-286 de 2021.

¹¹² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

¹¹³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-210 de 2017.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-257 de 2021.

“Algunas consideraciones en ese sentido permiten concluir que una autoridad judicial incurre en la dimensión positiva de un defecto fáctico:

(i) Si la conclusión que extrae de las pruebas que obran en el expediente es ‘por completo equivocada’. Podría decirse que, en este evento, la decisión puede ser calificada de irracional, toda vez que la conclusión es diametralmente opuesta –siguiendo las reglas de la lógica– a la que se desprende del contenido de los materiales probatorios. Esta desproporción podría ser identificada por cualquier persona de juicio medio.

(ii) Si la valoración que adelantó no cuenta con un fundamento objetivo. Es el caso del juez que resuelve una controversia acudiendo a su propio capricho o voluntad.

(iii) Si las pruebas no han sido valoradas de manera integral. Caso en el que se asigna un mayor o menor valor a alguna prueba en relación con otras, sin que exista justificación para ello.

(iv) Si la conclusión se basa en pruebas que no tienen relación alguna con el objeto del proceso (impertinentes); que no permiten demostrar el supuesto de hecho (inconducentes); o que fueron decretadas y practicadas, por ejemplo, desconociendo el derecho al debido proceso de una de las Partes.”

189. Respecto del defecto fáctico en su dimensión positiva, en la misma providencia también fueron identificados dos escenarios de ocurrencia: *“Primero, respecto de aquellas pruebas que pueden ser valoradas de manera amplia, el funcionario judicial incurre en tal defecto cuando actúa contra la razonabilidad, caso en el que 1) no respeta las reglas de la lógica deóntica al establecer la premisa fáctica, 2) resuelve la controversia acudiendo a su propio capricho, 3) no valora íntegramente el acervo, o, 4) funda su convencimiento en pruebas impertinentes, inconducentes o ilícitas. Segundo, si el legislador establece que del elemento probatorio p debe seguirse q, incurre en un defecto fáctico si concluye algo distinto sin ofrecer una justificación para ello (v. gr. la falsedad del documento). En cualquiera de los dos eventos antedichos, el juez desconoce el derecho al debido proceso de las partes y, en consecuencia, vía tutela, la decisión podrá dejarse sin efectos.”*

190. En lo que concierne a la dimensión *negativa* del defecto fáctico, la Corte ha establecido que tiene cabida *“cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.”*¹¹⁶

191. En la jurisprudencia constitucional se han identificado tres eventos de configuración del defecto fáctico en su dimensión *negativa*: *“el primero, por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; el segundo, desconocimiento de las reglas de la sana crítica; y, el tercero, por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez esté legal y constitucionalmente obligado a hacerlo.”*¹¹⁷

¹¹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-447 de 2011.

¹¹⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-210 de 2017.

192. Con todo, la Corte ha aclarado que las diferencias en la valoración y apreciación de la prueba no constituyen *per se* un defecto fáctico, pues en esta materia cobran mayor relevancia los principios de autonomía, independencia judicial y del juez natural.¹¹⁸ Asimismo, ha dicho que para que la acción de tutela resulte procedente ante la advertencia de un defecto fáctico, “[e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia.”¹¹⁹

193. De no cumplirse tales condiciones, ha dicho la Corte, “las conclusiones del juez natural sobre el alcance de los elementos probatorios resultan intangibles en sede de tutela, siempre que sean compatibles con la sana crítica (la lógica, la ciencia y la experiencia) y que el funcionario haga explícitas sus conclusiones en la motivación (razonable) del fallo.”¹²⁰

El defecto sustantivo

194. En la jurisprudencia constitucional el defecto sustantivo se ha caracterizado, en términos generales, como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial que tiene origen en el proceso de interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas al caso sometido a conocimiento del juez.

195. Sin embargo, para que dicha falencia o yerro de lugar a la procedencia del amparo, debe tratarse de una irregularidad de tal entidad que indiscutiblemente lleve a que se profiera una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de prerrogativas *iusfundamentales*.

196. A partir de tales premisas, la Corte Constitucional ha identificado que, en sentido amplio, se está en presencia de un defecto sustantivo *i)* cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, *ii)* deja de aplicar la norma adecuada u *iii)* opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica.

197. En sentido estricto, la configuración de este defecto puede presentarse en las siguientes hipótesis: *i)* el fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto por impertinente o porque ha sido derogada, es inexistente, inexecutable o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el legislador; *ii)* cuando no se hace una interpretación razonable de la norma; *iii)* cuando el juez se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos *erga omnes*; *iv)* cuando la disposición aplicada es regresiva o contraria a la Constitución Política; *v)* cuando el ordenamiento otorga poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-442 de 1994, T-781 de 2011, T-104 de 2014 y T-344 de 2020.

¹²⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-1015 de 2010.

la disposición; *vi*) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso; *vii*) cuando se afectan derechos fundamentales debido a que el operador judicial sustenta o justifica de manera insuficiente su actuación; *viii*) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación; y *ix*) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes del proceso.¹²¹

198. Adicionalmente, la Corte también ha entendido el defecto sustantivo como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales y que se produce cada vez que la autoridad judicial desconoce normas de rango legal o infralegal aplicables a un asunto determinado, “*ya sea por absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.*”¹²² De esta manera, una providencia judicial incurre en defecto sustantivo:

“(i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,

(ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,

(iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.”¹²³

199. De conformidad, entonces, con la jurisprudencia constitucional, el defecto sustantivo se concreta en el momento en que el operador judicial desborda los límites que la Constitución y la ley le reconocen, al fundar su decisión en una disposición jurídica evidentemente inaplicable al caso concreto. También puede darse por una interpretación contraevidente de la regla finalmente aplicable, o cuando se desconoce su alcance y con ello se vulneran derechos fundamentales.

G. Las acciones públicas de nulidad electoral y de pérdida de investidura de los congresistas. Reiteración de jurisprudencia

Generalidades de la nulidad electoral

200. En el ordenamiento procesal existen dos acciones o medios de control, con naturaleza y propósitos distintos, que son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la nulidad electoral y la pérdida de investidura. Estas

¹²¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-195 de 2012.

¹²² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-918 de 2013.

¹²³ Ibidem.

acciones encuentran soporte normativo en los artículos 179 y 183 de la Constitución Política, respectivamente.

201. La nulidad electoral está prevista en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

“En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

“En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.”

202. De acuerdo con la citada norma, los únicos actos susceptibles de impugnarse por vía de la acción electoral son: *i)* los actos de elección por voto popular; *ii)* los de elección por cuerpos electorales; *iii)* los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y, *iv)* los actos de llamamiento a proveer vacantes en las corporaciones públicas.

203. De esta manera, aquellos actos administrativos de contenido electoral,¹²⁴ que no materializan la voluntad del elector, sino una decisión de la administración, escapan del conocimiento del contencioso electoral.

204. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la naturaleza y alcance de este medio de control. Al respecto, ha destacado que *“se trata de una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de elección o de nombramiento, a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley, con el fin de discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto por la voluntad del elector.”*¹²⁵

205. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en señalar que el objeto principal de la acción electoral *“es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular*

¹²⁴ Algunos de estos actos son: *i)* el que establece los parámetros generales para una elección –actos de convocatoria–; *ii)* el que otorga o elimina la personería jurídica de un partido o movimiento político; *iii)* el que registra o niega la inscripción del logo-símbolo de una colectividad política; *iv)* el que desarrolla los mecanismos de participación ciudadana; *v)* el que establece las reglas sobre las elecciones, lo que en general aplica a *vi)* los actos que profiera la organización electoral.

¹²⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-050 de 2018.

o por cuerpos electorales.”¹²⁶ Ello significa que “*el juez solo debe confrontar la disposición que se dice vulnerada con el acto de elección o designación, para determinar si el mismo se aviene o no a los supuestos exigidos por la disposición que se dice desconocida, juicio meramente objetivo que protege la voluntad popular del electorado.*”¹²⁷

206. Sobre las principales características de este medio de control, la Corte Constitucional, en línea con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha destacado las siguientes:

“a) Se trata de una acción pública que puede ser ejercida por el Ministerio Público o por cualquier otro ciudadano que quiera discutir la legalidad del acto de la elección.

“b) Tiene la finalidad de proteger las condiciones de elección y elegibilidad establecidas por la ley, por lo que sus objetivos son tres: (i) garantizar la constitucionalidad y la legalidad de la función administrativa; (ii) salvaguardar la independencia y eficacia del voto y el uso adecuado del poder administrativo en la designación de servidores públicos; (iii) preservar la validez de los actos administrativos que regulan aspectos de contenido electoral con el fin de materializar el principio de democracia participativa como base del Estado Social de Derecho.

“c) El principio pro actione es propio de este medio de control, lo que quiere decir que las normas procesales son instrumentos o medios para la materialización del derecho sustancial.

“d) La nulidad electoral se origina en la violación de las disposiciones que regulan los procesos y decisiones electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que existe para los ciudadanos elegidos por votación popular para ocupar cargos públicos.

“e) Las pretensiones en la acción de nulidad electoral solo están dirigidas a los siguientes asuntos: (i) restaurar el orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional, es decir, aquellas que busquen dejar sin ningún efecto jurídico la regulación electoral, la elección o nombramiento irregulares; (ii) retrotraer la situación abstracta anterior a la elección o nombramiento irregulares; y (iii) sanear la irregularidad que constato el acto inválido.

“f) La acción deja sin efectos un acto administrativo de contenido electoral, previa invocación, sustentación y prueba del hecho alegado que debe encontrar tipificación en una de las causales de nulidad del acto acusado, dispuestas por la ley.

“g) Por ser una acción de nulidad la sentencia tendrá efectos erga omnes, es decir generales, por lo que incluye incluso, desde el punto de vista electoral, a todos aquellos que pudiendo haber participado en el proceso, se marginaron voluntariamente del mismo o no concurrieron a él.”¹²⁸

Generalidades de la pérdida de investidura

207. La acción de pérdida de investidura de los congresistas tiene como antecedente el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 1979. En dicha reforma constitucional, por

¹²⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-437 de 2013.

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de septiembre de 2016. Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00 (PI).

¹²⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2020.

primera vez, la pérdida de investidura se consagró como sanción en términos similares a los actuales, pues, con un propósito moralizador, permitía despojar de la investidura a los congresistas cuando incurrieran en violación del régimen de incompatibilidades o de conflicto de intereses, o cuando en un período legislativo faltasen a ocho sesiones plenarias sin justificación.

208. El conocimiento de esta acción le fue asignado al Consejo de Estado. Sin embargo, la figura no llegó a reglamentarse porque la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable de la reforma, lo que hizo que esta desapareciera del ordenamiento jurídico, y solo a partir de 1991 se introdujo nuevamente en la Constitución Política.

209. Así, la pérdida de investidura se convirtió en una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991, inspirada en el propósito de *“dignificar la posición de Congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurriera en la violación de las causales previstas en la Constitución con la pérdida de la investidura.”*¹²⁹

210. La pérdida de investidura se encuentra consagrada en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política. La primera de dichas normas regula las causales de pérdida de investidura y establece que los congresistas perderán su investidura en las siguientes situaciones: **i) por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses;** **ii)** por inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura; **iii)** por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; **iv)** por indebida destinación de dinero público; y **v)** por tráfico de influencias debidamente comprobado.

211. La segunda de las citadas disposiciones le asigna la competencia al Consejo de Estado para decretar la pérdida de investidura, y fija el término para dictar sentencia, que no podrá superar los 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud que formule la Mesa Directiva de la cámara correspondiente o cualquier ciudadano. Por lo tanto, se tramita dentro de un término especialmente breve.

212. De esta manera, la pérdida de investidura *“actúa como una sanción para los congresistas que incurran en vulneración del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, que les son aplicables (numeral 1°); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2° y 3°) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4° y 5°).”*¹³⁰

¹²⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 1994.

¹³⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-399 de 2012.

213. Sin embargo, es menester resaltar que las causales de pérdida de investidura de los congresistas no se agotan con lo dispuesto en el artículo 183 de la Carta. Otras disposiciones constitucionales describen conductas reprochables que constituyen, igualmente, causales de pérdida de investidura. Por ejemplo, el artículo 109, que prohíbe la violación de los topes de financiación en las campañas; el artículo 110, que prohíbe los aportes a candidaturas por parte de quienes desempeñan funciones públicas; y el artículo 291, que prohíbe a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales aceptar otro cargo en la administración pública. Por esta razón, el análisis de las causales de pérdida de investidura siempre debe hacerse a partir de una lectura integral del texto constitucional.

214. En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución, el Congreso de la República expidió la Ley 144 de 1994, “[p]or la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas.” Esta norma se ocupó de determinar los requisitos que debe contener la solicitud (artículos 5 y 6), el trámite del proceso (artículos 7 y 14), los efectos de la decisión (artículo 15) y el recurso extraordinario especial de revisión contra la sentencia que levante la investidura del congresista (artículo 17).

215. La Ley 144 de 1994 estuvo vigente hasta el 15 de enero de 2018, fecha a partir de la cual entró a regir la Ley 1881 de 2018, “[p]or la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”. El artículo 1 de dicho ordenamiento establece que “[e]l 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 gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.”

216. Dentro de los cambios más relevantes que introdujo la nueva regulación se destacan la garantía de la doble instancia (artículo 2), la creación de Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura en el Consejo de Estado para conocer en primera instancia este tipo de controversias (artículos 2 y 3), la modificación del recurso especial de revisión (artículo 19), cuyas causales de procedencia quedan limitadas a las generales establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹³¹ y la introducción de la garantía constitucional del *non bis in idem* cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea (artículo 1, parágrafo). En este último punto la Sala ahondará más adelante.

217. Esta Corte, en armonía con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha definido la pérdida de investidura como aquella “acción pública de carácter sancionatorio

¹³¹ La limitación a las causales del recurso especial extraordinario de revisión que impuso el tránsito legislativo no aplica a los procesos regidos por la Ley 144 de 1994, ya que en virtud del artículo 23 de la Ley 1881 de 2018, los procesos desarrollados bajo el amparo de la Ley 144 de 1994, en los que al menos se hubiere practicado la audiencia, quedaron en única instancia.

prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan."¹³² Por consiguiente, se trata de un juicio de propósito ético, pues las causales ideadas por el Constituyente constituyen un código de conducta que busca preservar la dignidad del cargo y, por lo mismo, la intangibilidad del Congreso de la República. Dignidad que surge por el hecho del voto ciudadano y que enaltece el principio de representación democrática.

218. Por tratarse de una acción pública, tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede acudir a ella, amén de la atribución otorgada a la Mesa Directiva de cada una de las Cámaras que integran el Congreso de la República, en los precisos términos del artículo 41.7 de la Ley 5 de 1992. Dicha facultad materializa el ejercicio democrático y el control ciudadano al que está sometido el poder público.

219. Dado que las conductas que dan origen a la sanción de pérdida de investidura comportan la defraudación del principio de representación, el Constituyente previó una grave consecuencia jurídica para el ejercicio de los derechos políticos del congresista sancionado: la separación inmediata de las funciones que venía ejerciendo como integrante del cuerpo colegiado del cual hace parte y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro. De esta manera, la configuración de cualquiera de las causales de pérdida de investidura es suficiente para que opere la sanción.

220. Debido a la gravedad de esta sanción, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el proceso de pérdida de investidura debe ser especialmente cuidadoso con la observancia de las garantías que gobiernan el debido proceso. Por lo tanto, *"las normas constitucionales en las cuales se consagra la pérdida de la investidura deben ser interpretadas en armonía con el artículo 29 de la Carta."*¹³³ Esta premisa está ahora dispuesta expresamente por el legislador en el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

221. Como la pérdida de investidura es uno de los procesos que se adelantan en virtud del *ius puniendi* estatal, y el régimen de garantías aplicable corresponde al del derecho sancionador, los principios constitucionales que se imponen en materia sancionatoria, como los de legalidad, tipicidad, favorabilidad, *non bis in idem* y culpabilidad, deben guiar también el estudio de las demandas de pérdida de investidura.

222. Sobre el principio de culpabilidad, la Corte ha reiterado que se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva. Ello, no obstante que, durante muchos años, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la acción de pérdida de investidura de los congresistas se tramitó como un juicio de responsabilidad objetiva. A partir de la Sentencia SU-424 de 2016, proferida por el pleno de esta Corporación, se dio un giro radical a la figura al precisar su alcance e introducir la exigencia de evaluar el elemento de la culpabilidad, es decir, de realizar un juicio de responsabilidad subjetiva. Esta

¹³² *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016.

¹³³ *Ibidem*.

regla, a su turno, fue recogida en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³⁴ y, posteriormente, en la Ley 1881 de 2018.¹³⁵ Puntualmente, en la Sentencia SU-424 de 2016 se dijo que:

“Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.”

223. A partir de entonces, al realizar el reproche sancionador, la autoridad judicial competente, tras verificar la configuración de la causal de pérdida de investidura, debe examinar si en el caso particular se configura el elemento de la culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad de congresista, esto es, analizar las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló, y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

224. Asimismo, debe determinar si, a pesar de que se encuentre acreditada la causal, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

225. Todas estas particularidades de la pérdida de investidura fueron recientemente sintetizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-474 de 2020, así:

“i) Es una acción pública;

ii) Su objeto es rescatar la legitimidad del Congreso de la República;

iii) Tiene como finalidad sancionar conductas contrarias a la ética, la transparencia, la probidad y la imparcialidad de los [congresistas];

iv) Las causales son taxativas y están en la Constitución;

*v) Es un juicio que comprende la valoración de dos aspectos, uno **objetivo** relacionado con la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad y, otro de naturaleza **subjetiva**, dirigido a demostrar la culpabilidad del demandado.*

vi) Es de carácter sancionatorio y jurisdiccional, pues impone la sanción más grave para el condenado, ya que lo separa de manera inmediata de las funciones legislativas y, constituye una inhabilidad permanente que le impide aspirar a cargos de elección popular en el futuro;

vii) Es de competencia exclusiva del Consejo de Estado; y

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de septiembre de 2016. Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00 (PI).

¹³⁵ *Ut supra* 211.

viii) *No prevé graduación alguna ni sobre las causales ni frente a las sanciones, de manera que todas son lo suficientemente graves para imponer la misma sanción.*”

226. En conclusión, la pérdida de investidura de los congresistas es una acción pública que comporta un juicio de naturaleza ética, y cuyo propósito es el de proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros del Congreso de la República. Para ello permite imponer como sanción no solo la desvinculación del congresista del cargo de elección popular que ostenta, sino también la imposibilidad de volver a ejercerlo en el futuro. Los procesos de pérdida de investidura en los que se hubiese practicado la audiencia seguirán siendo de única instancia y, por lo tanto, las causales del recurso especial extraordinario de revisión son aquellas que contemplaba el artículo 17, incluyendo aquellas establecidas en sus literales a) y b).¹³⁶

Principales diferencias entre la nulidad electoral y la pérdida de investidura en el caso de los congresistas

227. Las generalidades expuestas sobre la nulidad electoral y la pérdida de investidura de los congresistas le permiten a esta Corte reiterar la plena autonomía e independencia de dichas acciones. Aspecto que obedece a las diferencias notorias entre una y otra acción, y que están determinadas por la naturaleza del proceso, el tipo de juicio, su objeto o finalidad, sus efectos, el trámite que debe adelantarse y el juez competente para asumir su conocimiento.

228. El contencioso electoral es un proceso especial en el que, por su *naturaleza*, el juez de la causa está llamado a realizar un juicio sobre la legalidad del acto de elección del congresista, es decir, sobre su correspondencia o no con el orden constitucional y legal, sin que pueda efectuar calificación alguna sobre las razones o el contexto en el que se configuró la causal de nulidad invocada. Por consiguiente, se trata de un *juicio objetivo de legalidad*, por cuanto lo que se analiza es la conformidad del acto de elección frente al ordenamiento jurídico, y no la conducta del elegido.

229. La pérdida de la investidura, en cambio, es un proceso de carácter sancionatorio. Por medio de esta acción el juez está obligado a confrontar la conducta del demandado con las causales de pérdida de investidura alegadas por la parte actora, de manera que si se comprueba su configuración, le corresponde imponer la sanción respectiva, que no es otra que la de decretar la pérdida de investidura del congresista. Por lo tanto, la *naturaleza* del juicio que debe adelantar el juez de la pérdida de investidura, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de nulidad electoral, es de tipo *subjetivo*, pues implica realizar un reproche ético sobre la conducta del elegido y su grado de responsabilidad en el resultado de dicha conducta, lo que, a su turno, hace que necesariamente deba examinar el elemento de la culpabilidad. Examen que, por supuesto, es ajeno a la naturaleza del proceso de nulidad electoral que, como ya se dijo, es de naturaleza objetiva.

¹³⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-073 de 2020.

230. En otras palabras, mientras que en el proceso de nulidad electoral basta con demostrar que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad sin que haya lugar a razonamientos adicionales por parte del juez; en el proceso de pérdida de investidura, además de comprobar que la inhabilidad se configuró –como le corresponde al juez electoral–, aquél debe acometer el estudio del elemento subjetivo, es decir, evaluar la conducta del congresista y contrastarla con los elementos constitutivos de la causal alegada. En esa medida, no es suficiente con que se halle acreditada la violación del régimen de inhabilidades. Se requiere, asimismo, analizar la conducta del demandado.

231. Sobre esta diferencia sustancial entre la nulidad electoral y la pérdida de investidura, esta Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“... Así pues, de una parte, el proceso sancionatorio de pérdida de investidura comporta el reproche ético a un funcionario con el fin de defender la dignidad del cargo que ocupa, y de otra, el de nulidad electoral conlleva un juicio de validez de un acto de naturaleza electoral, en el cual el demandante solamente está interesado en la defensa objetiva del ordenamiento jurídico.

“En ese orden de ideas, en el juicio sancionatorio el juez confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución, en otras palabras, realiza un análisis subjetivo, pues conlleva una sanción para quien resultó electo. En contraste, en el juicio de validez electoral, en el que se somete a control jurisdiccional el acto electoral, se confronta este último con las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación, es decir, se hace un control objetivo de legalidad.

“En consecuencia, ambos procesos tienen garantías distintas. Por ejemplo, el juicio sancionatorio de pérdida de investidura exige realizar un análisis de culpabilidad y en el de validez puede aplicarse responsabilidad objetiva.”¹³⁷

232. En el mismo sentido se ha referido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al señalar que:

*“En el medio de control de nulidad electoral, acción pública creada por el legislador y elevada a rango constitucional en el Acto Legislativo No. 02 de 2009, el juez está llamado a hacer un **juicio sobre la legalidad del acto de elección**, es decir, su correspondencia o no con el orden jurídico, sin efectuar calificación alguna sobre las razones o el contexto en que se configuró la causal de nulidad invocada. Es por ello que se habla de un **control objetivo de legalidad**, en tanto se analiza **el acto de elección o designación** frente al ordenamiento jurídico. El juzgador no puede hacer examen diverso a la confrontación **acto-norma**.*

“Es decir, la pretensión de nulidad electoral es la de dejar sin efectos el acto de elección o designación por ser contrario al ordenamiento. El juez solo debe confrontar la disposición que se dice vulnerada con el acto de elección o designación, para determinar si el mismo se aviene o no a los supuestos exigidos por la disposición que se dice desconocida, juicio meramente objetivo que protege la voluntad popular del electorado.

*“Por su parte, el estudio al que está obligado el juez de la pérdida de investidura es diferente. En tanto le corresponde confrontar **la conducta** del demandado con las causales de pérdida de*

¹³⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016.

investidura alegadas por la parte actora. Al juez le corresponderá imponer la consecuencia si halla probada la causal, que no es otra que la de decretar la desinvestidura, que trae aparejada la inhabilidad permanente para ser elegido a un cargo de elección popular.”¹³⁸

233. En lo que respecta a su *objeto o finalidad*, en la Sentencia SU-265 de 2015 la Corte destacó que, *“mientras la acción electoral se orienta a preservar la pureza del sufragio y el principio de legalidad de los actos de elección de los congresistas, la acción de pérdida de investidura tiene como finalidad sancionar al elegido por la incursión en conductas que contrarían su investidura, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.”*

234. Lo anterior significa que la acción electoral *“pondera la regularidad del proceso democrático y los derechos de los elegidos y los electores, es decir, busca preservar la validez del voto popular.”¹³⁹* En contraste, la acción de pérdida de investidura *“conlleva la ponderación de la ética pública y los derechos del elegido, pues su núcleo de protección es la dignidad que implica el mandato otorgado en ejercicio de la democracia.”¹⁴⁰*

235. En cuanto a los *efectos* que emanan de la decisión del juez en cada uno de estos procesos se tiene que, declarada la nulidad del acto de elección del congresista, dicho acto pierde cualquier efecto jurídico y, por lo tanto, se retrotrae la situación al estado anterior a la elección. Sin embargo, por tratarse de un juicio objetivo de legalidad, ello no le impide a la persona, cuya elección se anula, volver a aspirar a un cargo de elección popular, pues la consecuencia de la nulidad se contrae únicamente a retirar del ordenamiento jurídico el acto declarado nulo. En cambio, la pérdida de investidura, en razón de su naturaleza sancionatoria, contempla una consecuencia más drástica, pues si se halla configurada la causal, el congresista no solo pierde su investidura y queda despojado de la curul que ostentaba, sino que, además, como resultado de ello queda inhabilitado permanentemente para ser elegido a un cargo de elección popular en el futuro.

236. En lo relacionado con el *trámite*, debe mencionarse que los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, en el caso particular de los congresistas, también se diferencian en las reglas especiales que los regulan. El primero se rige por lo dispuesto en el artículo 179 de la Constitución Política, y los artículos 139 y 275 a 296 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. Mientras que el segundo se rige por lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, por la Ley 1881 de 2018, que derogó las disposiciones de la Ley 144 de 1994,¹⁴¹ y por la Ley 1487 de 2011, cuando esta última resulte aplicable a dicho proceso en lo no regulado en la normatividad especial.

¹³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de septiembre de 2016. Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00 (PI).

¹³⁹ *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ut supra* 210 y 211.

237. Finalmente, en lo que concierne a la competencia, cabe anotar que, actualmente, el proceso de nulidad electoral se tramita en *única instancia*, y su conocimiento le corresponde a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 1437 de 2011. En cambio, la pérdida de investidura es un proceso de *doble instancia*: la primera instancia es de competencia de las Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, y la segunda instancia es de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación. Ello, según lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1881 de 2018.

238. En el siguiente cuadro comparativo se resumen las principales diferencias entre las acción electoral y la pérdida de investidura para el caso de los congresistas:

ELEMENTOS	NULIDAD ELECTORAL	PÉRDIDA DE INVESTIDURA
Naturaleza del proceso	Especial de legalidad	Sancionatorio
Tipo de juicio	<i>Objetivo</i> : el juez solo debe analizar si el acto de elección o designación se ajusta a la Constitución y la ley.	<i>Subjetivo</i> : el juez debe analizar el comportamiento o la conducta del demandado a partir de la causal alegada.
Objeto	Proteger las condiciones de elección y de elegibilidad establecidas por la ley.	Proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de los cuerpos colegiados.
Efectos	Implica dejar sin efecto jurídico la regulación electoral, la elección o nombramiento irregulares, lo cual no restringe la posibilidad de aspirar nuevamente a un cargo de elección popular.	Implica la desvinculación del congresista de su cargo de elección popular y la imposibilidad jurídica de volver a aspirar a cualquier cargo de elección popular.
Trámite	Única instancia	Doble instancia
Juez competente	Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado	- <i>Primera instancia</i> : Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado. - <i>Segunda instancia</i> : Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.
Término para dictar sentencia	No podrá exceder de 6 meses	Veinte (20) días hábiles contados a partir de la solicitud para dictar sentencia de primera instancia y veinte (20) días hábiles para decidir el recurso de apelación.
Caducidad de la acción	30 días	5 años

H. La garantía del *non bis in idem* y su aplicación en los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura

239. La caracterización expuesta en los epígrafes anteriores permite afirmar que la nulidad electoral y la pérdida de investidura de los congresistas, por su naturaleza, tienen objeto y finalidades distintas, y ciertas particularidades especiales que las

distinguen. Sin embargo, a pesar de sus marcadas diferencias, guardan un aspecto en común, el de que ambas acciones comparten una misma causal para su configuración: **la violación del régimen de inhabilidades.**

240. En efecto, la nulidad electoral y la pérdida de investidura de los congresistas tienen entre los motivos para demandar el acto de elección que la persona se halle incurso en una o varias de las causales de inhabilidad previstas en la Constitución y en la ley.

241. El artículo 179 de la Constitución Política consagra las causales de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas, en los siguientes términos:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

“1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

“2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

“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.

“4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

“5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

“6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

“7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

“8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

“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.” (negrita fuera de texto)

242. El artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) establece que son causales de anulación electoral, las siguientes:

“ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

“1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.

“2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

“3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

“4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

*“5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se **hallen incursas en causales de inhabilidad.***

“6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

“7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.

“8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.” (negrita fuera de texto)

243. Por su parte, el artículo 183 de la Constitución Política preceptúa que los congresistas perderán su investidura, entre otras causales, *“por la **violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.**”* (negrita fuera de texto)

244. Lo anterior significa que tanto el juez de la nulidad electoral como el de la pérdida de investidura están llamados a pronunciarse sobre la configuración de una de cualesquiera de las inhabilidades que, para el caso de los congresistas, se encuentran consagradas expresamente en el artículo 179 de la Carta. Es por esa identidad entre una y otra acción que la nulidad electoral y la pérdida de investidura pueden tramitarse de manera simultánea respecto de un mismo sujeto y con fundamento en una misma causal, lo que, a su turno, conlleva la posibilidad de que ambos jueces lleguen a conclusiones distintas.

245. Debido a esta circunstancia, en varias oportunidades han surgido cuestionamientos acerca de si dicho esquema de control electoral vulnera el principio

constitucional que prohíbe que una misma persona pueda ser juzgada dos veces por los mismos hechos (*non bis in idem*). Prohibición que se hace extensiva a todo el derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los congresistas).

246. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha dado respuesta a estos interrogantes, y ha señalado de manera pacífica que si bien es cierto que las acciones de nulidad electoral y de pérdida de investidura de los congresistas pueden iniciarse paralelamente en contra de una misma persona y con base en una misma causal de inhabilidad, también lo es que se trata de juicios distintos, con plena autonomía e independencia, por lo que la garantía constitucional de *non bis in idem* no se vulnera en esta hipótesis.

247. Al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad formulada contra algunos enunciados normativos contenidos en los artículos 227 y 228 del Decreto Ley 01 de 1984 (antiguo Código Contencioso Administrativo), que regulaban el proceso de nulidad electoral y que, en sentir del actor, eran incompatibles con el artículo 29 de la Constitución Política, en especial, con la garantía de *non bis in idem*, porque una misma persona podía ser juzgada dos veces por los mismos hechos en un proceso de nulidad electoral y en otro de pérdida de investidura, en la Sentencia C-507 de 1994, la Corte Constitucional desestimó el cargo y declaró la exequibilidad de las normas demandadas con fundamento en las siguientes razones:

“... no son, el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de investidura de un congresista -con fundamento en el artículo 184 de la Carta- y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección- aunque se refieran a una misma persona- juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa. En efecto la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del Congresista que lo priva de esa condición que una vez fue poseída por él; al paso que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de Congresista son legítimas, o si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas. Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad, que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el Congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de la medida acarrea de conformidad con el artículo 179, numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición y si estos se declaran nulos, ello equivale a que nunca se tuvo acceso legítimamente a la referida investidura”. (Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena, septiembre 8 de 1992).”¹⁴²

¹⁴² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 1994.

248. Esta postura ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias SU-399 de 2012, SU-264 de 2015 y SU-424 de 2016. En esta última sentencia la Sala Plena sostuvo que *“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.”*¹⁴³

249. A modo de conclusión, es menester reiterar, una vez más, la clara autonomía formal entre los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura de los congresistas, no obstante que se refieran a una misma persona y tengan como fundamento la misma causal de inhabilidad. Dado que se trata de procesos diferentes y, por lo mismo, *“la decisión que se tome en uno no determina bajo ninguna circunstancia la conclusión a la que se pueda llegar en el otro”*¹⁴⁴, es posible que los jueces de conocimiento lleguen a interpretaciones distintas sin que ello implique, *per se*, la vulneración de las garantías propias del debido proceso, en particular, de la prohibición de *non bis in idem*.

I. La gestión y celebración de contratos como causal de inhabilidad de los congresistas

250. El artículo 179.3 de la Constitución Política establece como causal de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas, la siguiente:

“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.”

251. Como se puede apreciar, dicha causal comprende la realización de varias conductas para su configuración: *i)* la gestión de negocios ante entidades públicas; *ii)* la celebración de contratos en interés propio o de terceros; y, *iii)* el haber desempeñado la representación legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

¹⁴³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016.

¹⁴⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-264 de 2015.

252. La inhabilidad consistente en haber intervenido en “*la gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros*” es eminentemente preventiva y comporta un doble objetivo: de una parte, evitar que quien gestiona o contrata con el Estado goce de una condición de privilegio frente a la comunidad que ha sido beneficiada con la gestión u obra contratada y, de otra, que la condición de candidato, potencialmente elegible, le derive una situación de ventaja frente a los eventuales contratistas.

253. Así quedó consignado en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el régimen de inhabilidades de los congresistas establecido en el artículo 179 de la Constitución y, particularmente, frente a la causal enunciada en el numeral 3 de dicha norma:

“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 dinero 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 un corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando [...] también se trata de impedir que la hipotética posibilidad de ser elegido cree a su favor unas condiciones frente al Estado que no tendrían los demás, de tal manera que hay una razón de equilibrio de una vía y otra.”¹⁴⁵

254. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se configure la causal de inhabilidad de **gestión de negocios** se requiere la materialización de los siguientes cuatro elementos: *i) elemento material*: participar en trámites negociales ante autoridades públicas en interés propio o de terceros; *ii) elemento temporal*: que dicha conducta prohibida se realice dentro de los seis meses anteriores a la elección; *iii) elemento espacial*: que la situación haya acaecido en la circunscripción en la cual debe efectuarse la elección; y, *iv) un elemento modal o de propósito*, es decir, que la gestión redunde en un beneficio propio o de terceros. Los supuestos enunciados son concurrentes, de manera que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad.¹⁴⁶ De igual forma, se ha determinado que los beneficios extrapatrimoniales también pueden dar lugar a la materialización de la inhabilidad.¹⁴⁷

255. A su turno, la configuración de la causal de inhabilidad por **celebración de contratos** precisa, igualmente, la concurrencia de las siguientes cuatro condiciones: *i) la celebración de contratos ante entidades públicas; ii) motivada por un interés propio o de terceros; iii) dentro de los seis meses anteriores a la elección; y, iv) en la misma*

¹⁴⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Informe de la sesión de la Comisión Tercera del 29 de abril de 1991, págs. 60 - 61. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/22/rec/16>

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2018-00029-00, Sentencia de 13 de diciembre de 2018; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2018-00018-00, Sentencia de 25 de octubre de 2018; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00021-00, Sentencia de 15 de abril de 2015.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de agosto de 2004, Radicación 3944-3957 y Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Radicación 680012315000200700669 01.

circunscripción donde se ha llevado a efecto la elección.¹⁴⁸ Si no se cumple alguna de estas circunstancias, no se configura la inhabilidad.

256. Aun cuando existen elementos que pueden ser similares a los previstos para la gestión de negocios, debe precisarse que aquí el evento se refiere específicamente a la celebración de contratos, de modo que será necesario valorar aquellos contratos que hayan sido efectivamente suscritos o firmados.

257. Adicionalmente, algunos precedentes del Consejo de Estado reconocen la posibilidad de que la intervención en la celebración de contratos ocurra de forma **indirecta**, es decir, que queden comprendidos terceros que no suscribieron el contrato, pero frente a quienes se logra probar que la contratación ocurrió por interpuesta persona en virtud de un acto de **delegación**, designación, representación o mandato.¹⁴⁹ Así lo refrendó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 16 de octubre de 2020, cuando en referencia a la causal en mención expuso que:

*“Alude a la participación del candidato en la suscripción o perfeccionamiento del respectivo contrato, bajo el entendido de que la intervención en la celebración de contratos tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa, directa o **indirecta**, en los actos tendientes a su formación, perfeccionamiento y suscripción y de los que se deduzca un interés propio o de terceros en su realización.*

“Esa participación puede ser directa o por interpuesta persona –natural o jurídica–, lo que exige al juez de la pérdida de investidura ‘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.’”¹⁵⁰ (negrita fuera de texto)

258. Como antecedente relevante es preciso traer a colación la Sentencia del 20 de junio de 2000, en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura de un congresista tras hallarlo responsable de la celebración irregular de contratos y de la indebida destinación de dineros públicos, no obstante que, en su condición de Presidente de la Cámara de Representantes, había delegado en el Director Administrativo de la corporación la facultad de ordenación de gasto y, por ende, no fue quien directamente suscribió los contratos cuestionados.¹⁵¹

259. Asimismo, es importante destacar la sentencia del 24 de mayo de 2018, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, que decretó la pérdida de investidura de

¹⁴⁸ Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00065-00. Sentencia de 12 de marzo de 2015.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 1993, Rad. AC-1993-0632. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de agosto de 2021, Rad. 150001-23-33-000-2019-00630-01.

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de agosto de 1994, Rad. AC-1500. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencias del 17 de febrero de 2005 (Rad. 3222) y del 25 de mayo de 2005 (Rad. 3537). Consejo de Estado, Sala 13 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 16 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03518-00.

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de junio de 2000, Rad. AC-9875 y AC-9876.

un concejal del Municipio de Sincelejo porque al momento de celebrar un contrato con el Departamento de Sucre aparecía en el registro mercantil como representante legal de la sociedad contratante, no obstante que dicha sociedad, en reunión extraordinaria, había designado a otra persona como gerente de la misma, pero inscribió tal decisión ante la Cámara de Comercio con posterioridad a la suscripción del contrato. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, el juez de la pérdida de investidura reiteró que ante terceros no se podía entender que el demandado hubiera dejado de fungir como representante legal de la persona jurídica, configurándose así la causal de inhabilidad relativa a la celebración de contratos con entidades públicas en el período inhabilitante previsto por la Constitución.¹⁵²

260. De otra parte, existe conceso acerca de que los actos de ejecución y liquidación de los contratos no configuran la inhabilidad, puesto que estas actividades ocurren con posterioridad a su celebración y, en esa medida, se ubican por fuera de los extremos que contempla la causal.¹⁵³

261. Finalmente, sobre el alcance de las dos primeras conductas inhabilitantes para la elección de congresistas (gestión de negociación y celebración de contratos), la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho dos precisiones importantes: la primera, es la de que cada una de estas formas de intervención es autónoma y distinta la una de la otra; y la segunda, radica en que, cuando la gestión de negocios es exitosa para el acuerdo de voluntades, únicamente se examina la causal de inhabilidad de intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no prospera, entonces la causal se analiza como gestión de negocios propiamente dicha.¹⁵⁴ Puntualmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha expresado que:

“... 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.”¹⁵⁵

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad.70001-23-33-000-2016-00274-01 (PI).

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala 13 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 16 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03518-00.

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala 17 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 27 de noviembre de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-02883-00. Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 19 de febrero de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-00.

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2008, Rad. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI). Citada en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de enero de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2009-00708-00 (PI).

J. Análisis del caso concreto

- i. No se configuran los defectos *orgánico* y *procedimental absoluto* alegados por la parte actora, porque la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sí tenía competencia para dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral**

262. Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, el señor Antanas Mockus considera que la sentencia proferida en única instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad de su elección como congresista, comporta un defecto orgánico y un defecto procedimental absoluto porque, según él, dicha autoridad judicial no tenía competencia para proferir sentencia de fondo, dado que la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura ya había dictado "*primer fallo*", concluyendo que no se hallaba configurada la causal de inhabilidad alegada por los demandantes en dicho proceso.

263. Entonces, a juicio del actor, la autoridad judicial accionada ha debido reconocer que el fallo de primera instancia del proceso de pérdida de investidura hizo tránsito a cosa juzgada, en los términos del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 y, por lo mismo, abstenerse de declarar la nulidad de su elección, o remitir el asunto a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

264. En respuesta a la acción de tutela, el Consejero ponente de la decisión censurada defendió la competencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para proferir sentencia de única instancia, dentro del proceso de nulidad electoral. Para la parte accionada, aunque el fallo de pérdida de investidura se hubiese proferido primero en el tiempo, de ello no se seguía automáticamente la configuración de la cosa juzgada, pues para que se presentara este fenómeno era necesario que la sentencia estuviese en firme y ejecutoriada, solo así podía entenderse la regla contenida en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Aceptar lo contrario, a su juicio, no solo implicaría darle a dicha disposición un alcance que no tiene, sino que, además, consentiría que siempre la pérdida de investidura primase sobre la nulidad electoral, habida cuenta de que el lapso que la ley dispuso para que se produjera el fallo de primera instancia en el marco de ese medio de control es mucho más breve que el de la nulidad electoral.

265. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver en primera instancia la acción de tutela, amparó los derechos fundamentales invocados por la parte actora. A diferencia del criterio asumido por la Sección Quinta, para la Sección Primera "*la comprensión natural y obvia*" del párrafo 1 de la Ley 1881 de 2018 es aquella según la cual, el "*primer fallo*" no es el que se encuentre ejecutoriado y en firme, sino el primero que se profiera en el tiempo, pues, según dicho juzgador, solo así tiene aplicación la garantía constitucional del *non*

bis in idem y se evita la contradicción de dos providencias basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como lo quiso el legislador.

266. Impugnada esta decisión por el apoderado del actor, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió revocarla y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela. Para ello, expuso que el asunto carecía de relevancia constitucional y que no se había agotado el recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, señaló que la interpretación realizada por el juez electoral, respecto del alcance del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, resultaba razonable y que, por tanto, al tratarse de una decisión proferida en virtud de la autonomía del juez natural del proceso, no cabía ningún reproche por vía de tutela.

267. Como puede verse a partir de lo expuesto, dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, especialmente, en las distintas Salas y Secciones del Consejo de Estado, no existe una posición unificada, ni menos aún pacífica, sobre el sentido y alcance de la expresión “*el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada*”, contenida en el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

268. Por su parte, la Corte Constitucional no ha examinado la constitucionalidad de esa norma en ejercicio de sus facultades de control abstracto mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, por cuanto ningún ciudadano ha ejercitado contra ella acción de inconstitucionalidad, así como tampoco ha tenido oportunidad de pronunciarse hasta ahora sobre un caso particular y concreto en el que se haya cuestionado la interpretación y la aplicación de dicha norma legal.

269. Sin perjuicio de las competencias del Consejo de Estado en materia de unificación de jurisprudencia en el ámbito de su jurisdicción, bien como juez de pérdida de investidura de los congresistas o, como juez electoral, en el asunto que se revisa, para establecer si le asiste razón al actor frente a sus reclamos -que lo es de tutela contra providencia judicial proferida por el Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo-, lo primero que debe determinar esta Corte en sede de revisión y control concreto de constitucionalidad es si la interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 y, en particular, de la expresión “*el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada*”, en el sentido de que se refiere al primer fallo ejecutoriando y en firme, y no al primer fallo proferido en el tiempo, resulta razonable o si, por el contrario, tal entendimiento del juez electoral quebranta las garantías fundamentales invocadas en la acción de tutela.

La garantía del non bis in idem conforme al párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018

270. *Antecedentes legislativos.* Con el propósito primordial de crear una segunda instancia para la resolución de los procesos de pérdida de investidura de los congresistas, establecer un término de caducidad para el ejercicio de este medio de

control y modificar el plazo para interponer el recurso extraordinario de revisión,¹⁵⁶ el Ministerio de Justicia y del Derecho y cuatro Representantes a la Cámara¹⁵⁷ radicaron ante la Cámara de Representantes el *Proyecto de Ley número 263 de 2017 Cámara*, “*Por el cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones.*”

271. El artículo 1º del mencionado proyecto de ley, que culminó con la expedición de la Ley 1881 de 2018, establecía textualmente lo siguiente:

“Artículo 1º. El proceso de pérdida de investidura se ejercerá en contra de los Congresistas que 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.”¹⁵⁸

272. Como puede observarse, la propuesta original presentada a iniciativa del Gobierno Nacional no incluía ningún párrafo y tampoco referencia expresa al principio constitucional de *non bis in idem*. Tan solo se señaló que el proceso de pérdida de investidura debía observar, en todo caso, el principio del debido proceso.

273. Sin embargo, en el informe de ponencia para **primer debate** en la Cámara de Representantes, el ponente de la iniciativa dejó consignada la siguiente proposición:

“... en mi calidad de congresista ponente, considero que un proyecto de ley que pretenda regular de forma íntegra el proceso de pérdida de investidura de los congresistas debe abordar dos aspectos fundamentales que en la actualidad generan fuertes controversias en el interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

“Por estas consideraciones y como Ponente me permito proponer un pliego de modificaciones sobre dos aspectos: la culpabilidad en el juicio de pérdida de investidura y el non bis in ídem, en relación con los procesos de nulidad electoral donde se juzgan los mismos hechos del proceso de pérdida de investidura.

“El primer cambio consiste en positivizar en esta ley el criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, que dejó sin efectos las sentencias del 15 de febrero de 2011 y el 21 de agosto de 2012, proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que habían declarado la pérdida de investidura de dos congresistas por estar incurso en la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución Política.

¹⁵⁶ En la exposición de motivos del proyecto de ley se dijo lo siguiente: “... En conclusión, lo que se propone es el establecimiento de una garantía de doble vía, de un lado, la corrección de la decisión judicial, valor de gran importancia para el Estado de Derecho, máxime si se tiene en cuenta la gravedad de la sanción que acarrea el proceso de pérdida de investidura, y de otro lado, el establecimiento de plenas garantías para quienes desempeñan la función legislativa y se ven enfrentados a un proceso de consecuencias definitivas para el ejercicio de sus derechos políticos, con alto impacto en la dinámica de funcionamiento de los partidos políticos y de la misma función legislativa.”

¹⁵⁷ Representantes Telésforo Pedraza Ortega, Heriberto Sanabria Astudillo, Germán Alcides Blanco Álvarez y Juan Carlos García Gómez.

¹⁵⁸ Gaceta del Congreso No. 300 del 4 de mayo de 2017, pág. 1.

“La Corte consideró que el juicio de pérdida de investidura comporta un juicio de responsabilidad subjetiva, donde se debe analizar la culpabilidad del congresista en la configuración de la causal para que proceda la desinvestidura.

“Por lo anterior, se propone incluir dentro del articulado una definición de la pérdida de investidura, que sin pretender abarcar todas las definiciones que se puedan esgrimir de este concepto, busca dar claridad sobre la responsabilidad subjetiva, que implica el reproche de una conducta o comportamiento, y por ello, se exige la presencia de las categorías de dolo y culpa, así como de las causas fácticas que eximen la responsabilidad en los procesos sancionatorios.

“El segundo cambio que se propone está relacionado con el establecimiento de la cosa juzgada entre los procesos de pérdida de investidura y el de nulidad electoral cuando la causal en ambos procesos sea la misma, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior con la finalidad de no violar el non bis in ídem y evitar que se tomen decisiones opuestas en dos procesos en los que se juzgan los mismos hechos, con las mismas pruebas y bajo el tamiz de la misma norma jurídica.”¹⁵⁹

274. De este modo, el texto del artículo 1º del Proyecto de Ley No. 263 de 2017 propuesto para primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes y aprobado en la sesión del 14 de junio de 2017,¹⁶⁰ fue el siguiente:

“Artículo primero. 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.”¹⁶¹ (negrita fuera de texto)*

275. En el informe de ponencia para **segundo debate** en la Plenaria de la Cámara de Representantes se propuso mantener el mismo texto del artículo 1º que había sido aprobado en primer debate en la Comisión Primera. En relación con la garantía del *non bis in ídem*, el ponente de la iniciativa explicó lo siguiente:

“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:

¹⁵⁹ Gaceta del Congreso No. 478 del 13 de junio de 2017, págs. 1 y 2.

¹⁶⁰ Acta 46 del 14 de junio de 2017 (Gaceta del Congreso No. 568 del 17 de junio de 2017).

¹⁶¹ Gaceta del Congreso No. 668 del 9 de agosto de 2017, pág. 19.

“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 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 sentencia 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.

“De esta forma, se busca la unidad y la coherencia en la aplicación del Derecho, máxime cuando las decisiones provienen de una misma corporación judicial, y de esta forma evitar que se presenten decisiones contradictorias en el estudio de los mismos hechos bajo el prisma de las mismas normas y pruebas.”¹⁶²

276. El texto definitivo del artículo 1º, aprobado en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes el 16 de agosto de 2017,¹⁶³ fue el mismo que había sido discutido y aprobado en la Comisión Primera Constitucional Permanente de dicha corporación en la sesión del 14 de junio anterior.¹⁶⁴

277. Por su parte, en el informe de ponencia para **primer debate** en la Comisión Primera del Senado de la República se propuso un pliego de modificaciones al proyecto aprobado en la Cámara de Representantes y, entre tales modificaciones, se eliminó el párrafo del artículo 1º que establecía la garantía del *non bis in idem*. Las razones de dicha proposición fueron las siguientes:

“Se comparte la intención de los representantes de la Cámara de evitar que, frente a situaciones similares, la justicia contencioso administrativa pueda dictar fallos contradictorios, como sería el caso de procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura iniciados por una misma causa y razón: la inhabilidad del elegido (senador, representante, diputado, concejal).

¹⁶² Gaceta del Congreso No. 668 del 9 de agosto de 2017, pág. 15.

¹⁶³ Acta 237 del 16 de agosto de 2017 (Gaceta del Congreso No. 849 del 26 de septiembre de 2017).

¹⁶⁴ Gaceta del Congreso No. 716 del 24 de agosto de 2017.

“Sin embargo, esta loable finalidad no puede ser la única razón para crear una disposición legal que establezca la cosa juzgada de un proceso (sentencia) con respecto al otro que se falla en el tiempo con posterioridad, muy a pesar de la aclaración que se hace en el párrafo de que en el proceso de pérdida de investidura, no obstante haberse demostrado la causal de inhabilidad en el proceso de nulidad electoral, el proceso debe continuar en lo que concierne a la culpabilidad del demandado.

*“Salvo opinión en contrario, las razones que se han esgrimido por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado apuntalando la tesis de que esos procesos son distintos, no obstante compartir un origen común, la inhabilidad del elegido, no fueron cuestionadas ni rechazadas en la Cámara para incluir el párrafo (al artículo primero) que **garantiza el non bis in ídem.***

“Me atrevería a decir, no obstante el alto riesgo de equivocarme, que si los dos procesos, el de nulidad y el de pérdida de investidura fueran, compartiendo el origen común de la causal, similares o idénticos, se hubiera establecido en el ordenamiento jurídico una sola cuerda procesal para tramitar estas irregularidades cometidas en la elección de los representantes de las corporaciones públicas. Opera, también, a favor de esta disimilitud la tajante declaración del legislador en el artículo primero de este proyecto que esencializa al proceso de pérdida de investidura como “un juicio de responsabilidad subjetiva”.

“Y es que, si bien la causal de inhabilidad pueda dar lugar a esas dos acciones, las partes, los procedimientos, los intervinientes, las finalidades, los términos y las consecuencias de las respectivas sentencias, son distintas. Piénsese no más en que la acción de nulidad se dirige contra un acto de una autoridad electoral que trae como consecuencia la cancelación de la credencial del elegido estando inhabilitado y el llamamiento de quien le sigue en orden de elegibilidad para que lo reemplace; mientras que en el de pérdida de investidura la acción se dirige directamente contra el (supuestamente) inhabilitado y la consecuencia va más allá de este castigo, que puede implicar la pérdida del cargo si lo está ejerciendo, para constituirse en una inhabilidad permanente, conocida como la ‘muerte política’, según los designios del numeral 4 del artículo 179 de la Constitución Política.

“Siendo las consecuencias diversas, más gravosas en el caso de la pérdida de investidura, dudoso favor se le haría al congresista que pierda su credencial en un proceso de nulidad electoral por haber estado inhabilitado, que en el proceso de pérdida de investidura no pudiera ya alegar nada en contra de la existencia de esta inhabilidad, reduciendo su defensa a demostrar que en su actuar no hubo dolo o culpa.

“Es recomendable, igualmente, la eliminación del párrafo, por cuanto puede dar lugar a enfrentamientos entre salas del Consejo de Estado y entre una de estas y la Plenaria de lo Contencioso Administrativo. Así, si la acción de nulidad electoral (que se decide en única instancia tratando de actos de declaración de elección de congresistas) se sentencia primero que una pérdida de investidura que está en apelación, se tendría como resultado que lo decidido en una sección terminara con un proceso que le corresponde decidir a la plenaria del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”¹⁶⁵

278. El texto del artículo 1º del *Proyecto de Ley número 106 de 2017 Senado 263 de 2017 Cámara* propuesto para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República, y aprobado en la sesión del 20 de septiembre de 2017,¹⁶⁶ fue el siguiente:

¹⁶⁵ Gaceta del Congreso No. 803 del 19 de septiembre de 2017, págs. 10 y 11.

¹⁶⁶ Acta 14 del 20 de septiembre de 2017 (Gaceta del Congreso No. 902 del 6 de octubre de 2017).

“Artículo 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.”¹⁶⁷

279. Por solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el informe de ponencia para **segundo debate** en la Plenaria del Senado de la República se propuso incluir nuevamente, en el texto para discusión y aprobación, el parágrafo del artículo 1° que había sido aprobado por la Cámara de Representantes. Para justificar dicha proposición se citaron los motivos expresados en el trámite surtido en esa célula legislativa (*ut supra* 276 y 278).¹⁶⁸

280. En la sesión plenaria del 15 de noviembre de 2017 fue discutido y aprobado en el Senado de la República el texto definitivo del artículo 1° del *Proyecto de Ley número 106 de 2017 Senado 263 de 2017 Cámara*,¹⁶⁹ en los siguientes términos:

“Artículo 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.

“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.”¹⁷⁰ (negrita fuera de texto)*

281. Con posterioridad a este trámite se nombró una Comisión Accidental de Conciliación, con el fin de unificar los textos aprobados en ambas corporaciones debido a discrepancias que surgieron en torno a las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 19 del proyecto de ley. Los conciliadores propusieron, finalmente, acoger en su totalidad el texto aprobado en la Plenaria del Senado de la República el 15 de noviembre de 2017,¹⁷¹ y una vez sometido el texto a consideración de nuevo de las plenarios de ambas cámaras para repetir el segundo debate respecto de los artículos conciliados, el proyecto de ley fue aprobado y remitido a sanción presidencial hasta hacer parte de la Ley 1881 de 2018.¹⁷²

¹⁶⁷ Gaceta del Congreso No. 905 del 9 de octubre de 2017, pág. 20.

¹⁶⁸ Gaceta del Congreso No. 905 del 9 de octubre 2017, pág. 17.

¹⁶⁹ Acta 34 del 15 de noviembre de 2017 (Gaceta del Congreso No. 322 del 25 de mayo de 2018).

¹⁷⁰ Gaceta del Congreso No. 905 del 9 de octubre 2017, pág. 18.

¹⁷¹ Gacetas del Congreso 1106 y 1106 del 28 de noviembre de 2017.

¹⁷² Acta 270 del 5 de diciembre de 2017 (Cámara) y Acta 41 del 30 de noviembre de 2017 (Senado).

282. Conclusiones del trámite legislativo. De la anterior exposición de los antecedentes de la Ley 1881 de 2018 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El proyecto de ley original, radicado por el Gobierno Nacional, no contemplaba disposición alguna relacionada con la garantía del *non bis in idem*. Por ende, no preveía la configuración de la cosa juzgada en el evento en que una misma conducta diera lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de manera simultánea.
- La iniciativa de incluir un párrafo al artículo 1º alusivo a la garantía del *non bis in idem* surgió en el primer debate en la Cámara de Representantes y fue aprobada sin modificaciones en la Plenaria de esa corporación. Se introdujo con el propósito de evitar fallos contradictorios en los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura promovidos en contra de una misma persona cuando la causal invocada fuera la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
- Sin embargo, en el primer debate en el Senado de la República la proposición fue eliminada porque se pensó que podía generar conflictos entre las distintas Secciones del Consejo de Estado, así como entre éstas y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ya que el proceso de nulidad electoral se tramita en única instancia y el proceso de pérdida de investidura, en dos instancias.
- Posteriormente, en el segundo –y último– debate en la Plenaria del Senado de la República, se introdujo nuevamente al artículo 1º el párrafo alusivo a la garantía del *non bis in idem*, en los mismos términos y con base en las mismas razones que sirvieron de sustento para su aprobación en la Cámara de Representantes.
- Ni en la justificación de la iniciativa ni durante el desarrollo de los debates se dijo, de manera expresa, que lo que haría tránsito a cosa juzgada sería el primer fallo proferido en el tiempo. Antes bien, en las cinco hipótesis planteadas a modo de ilustración en el informe de ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes se utilizó de manera reiterada la expresión: “*se decida primero el proceso (...)*”. Así, por ejemplo, en la hipótesis cuarta se planteó la siguiente situación: “*Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y no sea declarada porque el candidato no se encontrada inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral deberá declarar la cosa juzgada y estarse a lo resuelto en la sentencia de pérdida de investidura.*” (negrita fuera de texto)

La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, de ahí que no existe cosa juzgada sin ejecutoria

283. La *cosa juzgada*, en sentido general, ha sido definida en la jurisprudencia constitucional como “*una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por*

disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.”¹⁷³

284. En cuanto a su propósito, desde temprano la jurisprudencia de esta Corte advirtió que “[e]l fin primordial de este principio radica en **impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.**”¹⁷⁴ (negrita fuera de texto)

285. En ese entendido, se ha dicho que la cosa juzgada tiene una doble función: *i)* prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto; y, *ii)* dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.¹⁷⁵

286. En la Sentencia C-522 de 2009, la Corte Constitucional sostuvo que la cosa juzgada “**es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.**”¹⁷⁶ (negrita fuera de texto)

287. La ejecutoria de una sentencia se refiere a una característica de los efectos jurídicos de las providencias judiciales, que se reconoce por su imperatividad y obligatoriedad cuando frente a estas: *i)* no procede recurso alguno; o, *ii)* se omite su interposición dentro del término legal previsto; o, *iii)* una vez interpuestos se hayan decidido; o, *iv)* cuando su titular renuncia expresamente a ellos.¹⁷⁷

288. El artículo 303 del Código General del Proceso –antes artículo 332 del Código de Procedimiento Civil– dispone que “[l]a **sentencia ejecutoriada proferida en un proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.** (...)” (negrita fuera de texto)

289. De esta manera, para que una decisión judicial ejecutoriada alcance el grado de cosa juzgada es necesario que exista: *i)* identidad de objeto; *ii)* identidad de causa; e, *iii)* identidad de partes. En la Sentencia C-774 de 2001, reiterada, entre otras, en la Sentencia C-100 de 2019, la Sala Plena se refirió a cada uno de estos tres elementos en los siguientes términos:

“Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido

¹⁷³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

¹⁷⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

¹⁷⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

¹⁷⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-522 de 2009.

¹⁷⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002.

existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

*“**Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. 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.*

*“**Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”¹⁷⁸*

290. Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han reconocido que la cosa juzgada puede ser de dos tipos: *formal* y *material*. La primera de ellas implica la imposibilidad de reabrir el mismo proceso ya concluido, pero no necesariamente la de iniciar uno nuevo. Esto significa que, ejecutoriada una providencia y, por lo mismo, siendo imperativo su cumplimiento, aún existe la posibilidad de ser recurrida mediante otros específicos medios de impugnación previstos en la ley como, por ejemplo, el recurso extraordinario de revisión. La segunda, en cambio, impide de manera absoluta la iniciación de un nuevo trámite que respecto del concluido presente las ya mencionadas tres identidades.¹⁷⁹

291. En conclusión, la cosa juzgada es un atributo o calificación jurídica especial que, por expresa disposición legal, se les atribuye a las sentencias ejecutoriadas o en firme, dotándolas del carácter de inmutables y definitivas, lo que enerva la posibilidad de promover un nuevo proceso cuando este último verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes. De esta manera, solo las sentencias ejecutoriadas, en los términos descritos anteriormente, son susceptibles de hacer tránsito a cosa juzgada.

La interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado que entendió que el “primer fallo” que hizo tránsito a cosa juzgada, en los términos del párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, es aquel debidamente ejecutoriado, resulta válida y razonable

292. Según lo dispuesto en el párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, cuando una misma conducta haya propiciado el inicio tanto de un proceso de pérdida de investidura como de nulidad electoral, el “*primer fallo*” que se profiera en alguno de estos procesos “*hará tránsito a cosa juzgada*” sobre el otro en todos los aspectos juzgados, salvo en relación con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. Quiere decir lo anterior que la cosa juzgada opera únicamente respecto del elemento objetivo de la causal: la configuración o no de inhabilidad del congresista elegido.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-522 de 2009.

293. Como atrás se ha señalado y puede advertirse de los antecedentes de este caso, sobre la interpretación y aplicación del citado párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 y más concretamente sobre el sentido y alcance de la expresión “*el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada*”, no existe una posición unificada, ni menos aún pacífica, en las Salas y Secciones del Consejo de Estado. Sin perjuicio del control constitucional que le corresponde ejercer a la Corte cuando ella sea examinada en un proceso de control abstracto de constitucionalidad, por tratarse de una interpretación acerca del sentido y alcance de la citada disposición legal para el ejercicio de las competencias del Consejo de Estado sea como juez de pérdida de investidura o como juez electoral, le corresponde a esa Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de las facultades de unificación de jurisprudencia, fijar la regla de unificación para determinar la aplicación de esta disposición legal.

294. A esta Corte, en sede de control concreto de constitucionalidad al revisar la decisión adoptada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado contra la cual se ejercitó la acción de tutela, en presencia de dos o más interpretaciones ya formuladas tanto por la Sección Quinta como por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, solo le corresponde verificar si concurre o no la razonabilidad de la decisión adoptada.

295. En tal virtud, de conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala encuentra que, en el presente caso, aunque existen dos interpretaciones posibles del párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, la interpretación que entiende que el “*primer fallo*” que hace tránsito a cosa juzgada, en los términos de dicha norma, es aquel debidamente ejecutoriado, resulta razonable, pues, como se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, solo los fallos que adquieren firmeza son susceptibles de hacer tránsito a cosa juzgada, lo que equivale a afirmar, retomando las palabras de la Corte desde tiempo atrás, que “*no existe cosa juzgada sin ejecutoria.*”¹⁸⁰

296. Una interpretación en sentido contrario, es decir, que admita que el primer fallo que hace tránsito a cosa juzgada es aquel que se profiera primero, aunque no esté ejecutoriado, si bien es válida, podría llegar a contradecir la tradición jurídica en esta materia y, a la vez, conduciría a vaciar la competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, como juez natural de la acción electoral. Nótese que, debido a los términos reducidos que prevé el artículo 3 de la Ley 1881 de 2018, la pérdida de investidura siempre se resolvería antes que la nulidad electoral, pues el plazo para dictar sentencia de primera instancia (primer fallo) en la pérdida de investidura es de 20 días, mientras que el plazo para dictar sentencia de única instancia en la nulidad electoral es de 6 meses.

297. En esta oportunidad, el fallo de primera instancia proferido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida el 19 de febrero de 2019 no se encontraba ejecutoriado y en firme porque había sido impugnado por la parte demandante en ejercicio del recurso de apelación. Por lo tanto, al existir la posibilidad de que, en segunda instancia,

¹⁸⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002.

dicha decisión fuese variada o modificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, era razonable deducir que no podía predicarse de ella los efectos de la cosa juzgada.

298. De este modo, nada le impedía a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral promovido en contra de la elección del entonces Senador Antanas Mockus. Dicha autoridad judicial, como juez natural de la acción electoral, tenía plena competencia para adelantar el juicio de legalidad del acto de elección del congresista y, por lo mismo, su actuación de ninguna manera se enmarca en los defectos orgánico y procedimental absoluto atribuidos por el accionante.

299. Así, entonces, se concluye que, en el presente caso, el fallo de única instancia proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado es el que generó los efectos de cosa juzgada, en cuanto a la configuración del elemento *objetivo* de la causal de inhabilidad, por lo que le correspondía al juez de la pérdida de investidura y, en este caso en particular, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como juez de segunda instancia, reconocer dichos efectos y entrar a analizar el elemento *subjetivo*, es decir, la culpabilidad del ciudadano Antanas Mockus en la materialización de la conducta prohibitiva, asunto que es de su competencia exclusiva. Con ello queda plenamente desvirtuado el argumento del actor en el sentido de que, bajo la interpretación adoptada por la Sección Quinta, se vacía la competencia de la Sala Plena en los procesos de pérdida de investidura.

300. Es importante señalar que, dado el carácter sancionatorio del proceso de pérdida de investidura, y en atención a los contenidos constitucionales que se encuentran en juego, a dicho proceso le son aplicables, entre otros principios, el de *favorabilidad*. No ocurre lo mismo en el proceso de nulidad electoral que, por su naturaleza objetiva, implica un juicio de mera legalidad, a través del cual se busca la protección del orden jurídico y no el reconocimiento de derechos concretos o la declaración de situaciones subjetivas en favor del demandante. Por lo tanto, en un escenario como el que aquí se presenta, lo primordial es determinar si la decisión del juez electoral resulta razonable, aun cuando no necesariamente sea favorable al demandado.

301. De cualquier forma, la conclusión a la que arriba esta Corte en el caso examinado en sede de control concreto de constitucionalidad, con motivo del ejercicio de una acción de tutela contra providencia judicial que ha sido seleccionada para su revisión, de ningún modo puede entenderse como una regla imperativa sobre la interpretación del alcance del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

302. La Sala Plena reconoce que es al Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al que le corresponde fijar, con criterio de autoridad, la interpretación autorizada de las normas que regulan los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, y de unificar la jurisprudencia en este ámbito, de considerarlo necesario.

ii. No se configura un *defecto fáctico*, en su dimensión positiva, porque del material probatorio allegado al proceso de nulidad electoral se demostró que la representación legal de CORPOVISIONARIOS estuvo radicada única y exclusivamente en el señor Antanas Mockus

303. El señor Antanas Mockus Sivickas considera que la autoridad judicial accionada realizó una incorrecta valoración probatoria, pues, a pesar de lo expresamente establecido en los estatutos de CORPOVISIONARIOS, de la existencia de actos de delegación previos, de la práctica aceptada por las entidades públicas y privadas que habían contratado con dicha Corporación de que su Representante Legal es el Director Ejecutivo, concluyó, contra toda evidencia, que dicha delegación no era válida y que, por tanto, fue él quien a través de interpuesta persona celebró los “convenios de asociación”, lo cual, a su juicio, constituye “*una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.*”

304. Como se expuso en los fundamentos jurídicos de esta providencia, en términos generales, el defecto fáctico se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se configura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la providencia atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. En su dimensión positiva comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o una decisión basada en pruebas impertinentes, inconducentes o ilícitas. De cualquier modo, para que la acción de tutela proceda ante la advertencia de un defecto fáctico, el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, y tener incidencia directa en la decisión, de ahí que no cualquier apreciación del juez, contraria al criterio de una de las partes, sea susceptible de amparo.

305. En el presente caso, la Sala encuentra que la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en el defecto fáctico alegado, pues la decisión de declarar la nulidad de la elección del Senador Antanas Mockus Sivickas estuvo sustentada en un análisis riguroso de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, de los actos de delegación efectuados por el accionante, de los “convenios de asociación” suscritos con entidades públicas durante el período inhabilitante y del certificado de existencia y representación legal de la entidad, documentos todos estos que le permitieron tener por acreditado los elementos objetivos que configuraban la inhabilidad invocada por los demandantes.

306. En cuanto a la valoración de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, la Corte coincide con el fallo censurado en que está demostrado que esa Corporación decidió que la representación legal recayera en su Presidente, esto es, en el señor Antanas Mockus Sivickas, a fin de que este materializara la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones en nombre de la persona jurídica. Así se desprende de lo dispuesto en su artículo 29, el cual reza: “*FUNCIONES. Son funciones del Presidente: 1. Representar legal y socialmente a la Corporación. (...)*”

307. Como se acreditó en el proceso judicial con los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá el 5 de septiembre de 2017 y el 12 de marzo de 2018, para la fecha en la que se suscribieron los Convenios de Asociación números 010 y 566 del 9 y 10 de noviembre de 2017, respectivamente, e inclusive para la fecha en la cual se realizaron las elecciones congresariales (11 de marzo de 2018), el señor Antanas Mockus Sivickas seguía figurando en el registro público como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS.

CERTIFICA:
** NOMBRAMIENTOS **

QUE POR ACTA NO. 19 DE SALA GENERAL DEL 15 DE MARZO DE 2016, INSCRITA EL 5 DE MAYO DE 2016 BAJO EL NUMERO 00261586 DEL LIBRO I DE LAS ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACION
PRESIDENTE	
MOCKUS SIVICKAS AURELIJUS RUTENIS	
ANTANAS	C.C. 000000019164378

QUE POR ACTA NO. 38 DE CONSEJO DIRECTIVO DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014, INSCRITA EL 9 DE OCTUBRE DE 2014 BAJO EL NUMERO 00242943 DEL LIBRO I DE LAS ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACION
DIRECTOR EJECUTIVO	
MURRAIN KNUDSON HENRY SAMUEL	C.C. 000000079691992

308. Ni en los Estatutos de CORPOVISIONARIOS ni en los referidos certificados se observa que el Director Ejecutivo, Henry Samuel Murrain Knudson, ostentara la calidad de representante legal de la Corporación o que existiera una especie de “*representación legal compartida*”, como lo asegura la parte actora, pues el único representante legal era el Presidente, es decir, el señor Antanas Mockus Sivickas.

309. Cuestión distinta es que, además de la función de representación legal, autorizado por los Estatutos, el Presidente tuviera la facultad de “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*”, como en efecto lo hizo, mediante las Resoluciones No. 1 del 4 de septiembre de 2006 y No. 3 de 10 de octubre de 2014.

310. Empero, como acertadamente lo advirtió la autoridad judicial accionada y lo comparte esta Sala Plena, dichos actos de delegación no despojaban al ciudadano Antanas Mockus Sivickas, en cuanto que Presidente de la Corporación, de su condición de Representante Legal de CORPOVISIONARIOS, por lo que desde ningún punto de vista podía admitirse que tenían el alcance de conferirle al Director Ejecutivo, ante los asociados y terceros, la calidad de representante legal de la persona jurídica, pues ni siquiera fueron debidamente inscritos en el registro público de la entidades privadas sin ánimo de lucro que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, como lo reconoce la parte actora, lo que resulta en su inoponibilidad frente a terceros. La única anotación que obra en dicho registro es la siguiente:

CERTIFICA:

REPRESENTACION LEGAL: EL PRESIDENTE. EL DIRECTOR EJECUTIVO PODRA LLEVAR LA REPRESENTACION LEGAL DE LA CORPORACION, POR DELEGACION DEL PRESIDENTE, PARA EFECTOS DE TRAMITAR ASUNTOS DE CARACTER DE ADMINISTRATIVO, CONTRACTUAL Y LABORAL. EN CASO DE AUSENCIAS TEMPORALES, EL CONSEJO DIRECTIVO ENCARGARA LA PERSONA QUE LO

311. Es importante destacar que el registro de las entidades sin ánimo de lucro es constitutivo y no declarativo. El artículo 40 del Decreto Ley 2150 de 1995¹⁸¹ suprimió el acto de reconocimiento de la personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y las demás entidades privadas sin ánimo de lucro, y en su lugar, se previó que todas ellas, salvo excepciones,¹⁸² se entienden constituidas a partir del acto de voluntad plasmado, ya sea en escritura pública o en documento privado reconocido, y 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.

312. A su turno, el artículo 42 del mismo Decreto Ley dispuso que los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores y demás actos de estas entidades deben inscribirse en la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica, en los mismos términos y condiciones previstas para el registro de los actos de las sociedades comerciales.

313. La inscripción de los actos y documentos de las entidades sin ánimo de lucro no tiene una finalidad distinta que la de dar publicidad a los terceros de los actos y documentos que afectan a dichas entidades. Realizadas las inscripciones en debida forma en el registro, se entiende surtida su notificación pública, hecho que permite hacerlas eficazmente oponibles a terceros, sin que estos puedan alegar desconocimiento de su sentido o contenido.

314. La oponibilidad a terceros de los actos y documentos sujetos a registro tiene, entonces, proyecciones de especial importancia y utilidad en la vida económica y social. Además, les confiere certeza y seguridad a las relaciones jurídicas creadas mediante tales actos y documentos.

315. El registro, al ser un acto de carácter público, permite a cualquier persona examinar los libros y archivos que en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus actos y obtener copias o certificaciones de estos.¹⁸³ En tal virtud, las certificaciones que de

¹⁸¹ “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.”

¹⁸² Artículo 45. Excepciones. <Artículo modificado por el artículo 1° de la Ley 537 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Lo dispuesto en este capítulo no se aplicará para las instituciones de educación superior; las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994; las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros; las reguladas por la Ley 100 de 1993 de seguridad social, los sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; cámaras de comercio, a las organizaciones comunitarias de primero, segundo, tercero y cuarto grados y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regula en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se regirán por sus normas especiales.

¹⁸³ El registro público tiene por objeto la garantía de la seguridad del tráfico jurídico económico y social y “en esta búsqueda, opera su intervención sobre todos los empresarios y sus actos, de tal manera que la actividad registral se articula sobre comerciantes -personas físicas y jurídicas- sean o no sociedades y entre estas últimas, tanto sobre su constitución como a lo largo de su vida ordinaria o extraordinaria empresarial: legalizando sus libros; depositando las cuentas; calificando sus documentos de modificaciones estatutarias; nombramientos de órganos de administración, etc.”, por lo que “bajo el tamiz de la calificación registral transcurren todas y cada una de las actividades económicas con trascendencia para esa seguridad del tráfico económico y social en la medida en que de ellas pueda derivarse algún efecto directo o

los actos y documentos inscritos en el respectivo registro expiden las Cámaras de Comercio constituyen el medio legalmente autorizado para probar eficazmente los hechos del registro y de la publicidad de tales actos y documentos.

316. A propósito de esto último, en lo que respecta a la prueba de la existencia y representación legal de las entidades sin ánimo de lucro sujetas a registro, el artículo 43 del Decreto Ley 2150 de 1995 establece que ello 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 [...]”*.

317. Estas consideraciones permiten reafirmar que el registro del nombramiento del representante legal de una entidad sin ánimo de lucro tiene carácter constitutivo, toda vez que los efectos jurídicos de tal designación no se producen sino con la inscripción de dicho acto en la Cámara de Comercio respectiva.

318. En el presente caso, sin perjuicio de que la delegación en apariencia conllevara la posibilidad de desprenderse de la representación, lo cierto es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), quien ejerza como representante legal de una persona jurídica conservará tal carácter, para todos los efectos legales, hasta tanto no se inscriba un nuevo nombramiento o elección en el respectivo registro público. Así lo destacó la Corte Constitucional en la Sentencia C-621 de 2003, al señalar 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 fueron elegidos para un período determinado. (...) incluso cuando la representación legal o la revisoría fiscal terminan por muerte del respectivo representante o revisor, la solución legal consiste en seguir considerándolos como tales ‘para todos los efectos legales’, mientras no se registre un nuevo nombramiento.”¹⁸⁴

319. Y es que, como se advirtió en la misma providencia, *“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.”¹⁸⁵*

320. En el presente caso, el Director Ejecutivo conocía que, para todos los efectos legales, el señor Antanas Mockus Sivickas era el único Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y solo podía fungir como delegatorio del mismo en los términos de los actos de delegación. Precisamente, en la versión libre rendida ante el Consejo Nacional Electoral el 3 de mayo de 2018, a la pregunta de si aquél se encontraba

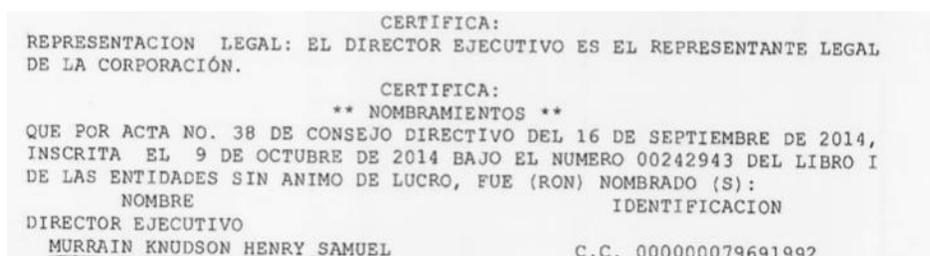
indirecto para los terceros que con la persona jurídica contratan.” Fernández Rodríguez, Carmen (1998). *El Registro Mercantil*. Prólogo de Ramón Parada. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

¹⁸⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2003.

¹⁸⁵ Ibidem.

facultado para reasumir la representación legal de dicha Corporación en los mismos términos que la delegó, respondió afirmativamente.¹⁸⁶

321. Esto era tan evidente que, con posterioridad a las elecciones congresariales celebradas el 11 de marzo de 2018, CORPOVISIONARIOS reformó sus Estatutos para eliminar el cargo de Presidente, que ostentaba el señor Antanas Mockus Sivickas, ya Senador electo, y atribuir de forma exclusiva las facultades de representación legal de la Corporación al Director Ejecutivo, es decir, al señor Henry Samuel Murrain Knudson. Esta modificación se adoptó por medio del Acta No. 22 del 16 de marzo de 2018, la cual sí fue debidamente inscrita en registro público el 10 de mayo de 2018, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 6 de junio del mismo año:¹⁸⁷



CERTIFICA:
REPRESENTACION LEGAL: EL DIRECTOR EJECUTIVO ES EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CORPORACIÓN.

CERTIFICA:
** NOMBRAMIENTOS **
QUE POR ACTA NO. 38 DE CONSEJO DIRECTIVO DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014, INSCRITA EL 9 DE OCTUBRE DE 2014 BAJO EL NUMERO 00242943 DEL LIBRO I DE LAS ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACION
DIRECTOR EJECUTIVO MURRAIN KNUDSON HENRY SAMUEL	C.C. 00000079691992

322. De conformidad con las consideraciones expuestas, para la Corte es claro que el hecho de que la valoración probatoria realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado no haya arribado a las conclusiones y al resultado que el actor pretendía no significa que el análisis efectuado en la sentencia enjuiciada haya resultado irracional o arbitrario. Por esta razón, no cabe atribuirle a dicha providencia un defecto fáctico.

323. La sentencia objeto de la tutela se basa en una comprensión razonable y rigurosa de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS y en la información inscrita por esa entidad en el registro de las personas sin ánimo de lucro que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá a partir del Decreto Ley 2150 de 1995. Frente a ello, la hipótesis de la existencia de una doble representación legal no se sostiene en las pruebas que obran en el expediente.

iii. No se configura un defecto sustantivo respecto de la interpretación de la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política, puesto que aquella sí comprende al evento en que la celebración de contratos con una entidad pública se hubiese efectuado a través de un tercero

324. El actor considera que el juez de lo electoral realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad relativa a la gestión de negocios o celebración de contratos, pues a pesar de que halló probado que el demandado no suscribió personalmente los contratos con entidades públicas del orden departamental y distrital (Convenios de Asociación Nos. 010 y 566 del 9 y 10 de noviembre de 2017), concluyó que la

¹⁸⁶ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: "T7835841 CI-P97-CD(1)/Cds exp. 2018-00130/Cd/folio 24/PRUEBAS/13_EXPEDIENTE_3686_CNE.pdf" (pág. 3).

¹⁸⁷ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: "Pruebas recibidas/Anexo/ANEXO No. 2.pdf (pág. 248-252)".

delegación de funciones era asimilable a un contrato de mandato y, por lo mismo, se entendía que el Director Ejecutivo había actuado en su representación. En su criterio, esta interpretación del artículo 179.3 de la Constitución desconoce que para se configure el elemento material y objetivo de la inhabilidad se requiere la intervención directa y personal del candidato en la celebración del negocio jurídico.

325. La Sala no comparte esta censura. De una simple lectura de la providencia atacada se advierte que en ella el juez de lo electoral basó su decisión en la comprensión objetiva de los elementos configurativos de la celebración de contratos como causal de inhabilidad de los congresistas, sin ampliar su ámbito de aplicación o crear una nueva causal de inelegibilidad.

326. En el entendimiento razonable de que la titularidad de la representación legal de CORPOVISIONARIOS era relevante en la configuración de dicha causal, el análisis efectuado por la autoridad enjuiciada se centró en establecer si podía entenderse que el señor Antanas Mockus Sivickas había celebrado dos contratos con entidades públicas del orden departamental y distrital (Convenios de Asociación Nos. 010 y 566 del 9 y 10 de noviembre de 2017) dentro de los seis meses anteriores a su elección como congresista, no obstante que, materialmente, estos negocios jurídicos fueron suscritos por un delegatario o mandatario suyo en virtud de un acto de delegación o de mandato. Ello, no porque el juez electoral quisiera darle una connotación o alcance distinto a la inhabilidad invocada por los demandantes, sino porque el reproche formulado se basó precisamente en esa cuestión.

327. La Sección Quinta llegó a la conclusión de que, a pesar de que el señor Antanas Mockus Sivickas, a través de las Resoluciones No 1 del 4 de septiembre de 2006 y No 3 de 10 de octubre de 2014, delegó en el Director Ejecutivo la facultad de celebración de contratos en nombre de la CORPOVISIONARIOS, ello no significó que aquél quedara despojado de la facultad de representante legal de la entidad, pues se demostró, con los estatutos corporativos y el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá aportados al proceso, que aquél siguió inscrito como tal en el registro público, que no renunció a su condición de Presidente y Representante legal durante el período inhabilitante, y que tampoco el órgano social designó a otra persona en su lugar, lo que sí ocurrió después de su elección como Senador de la República.

328. Sobre la prueba de la representación de las corporaciones sin ánimo de lucro, que es la naturaleza jurídica de CORPOVISIONARIOS, esta Corte ha señalado que el certificado de existencia y representación legal “*es prueba necesaria para acreditar la representación legal de una persona jurídica privada*”¹⁸⁸ y que “*la calidad de representante legal de una persona jurídica no se puede probar a través del medio que libremente se escoja.*”¹⁸⁹

329. En el apartado I) de la parte motiva de la presente sentencia se dejó consignado que, desde su jurisprudencia temprana, el Consejo de Estado ha interpretado que la

¹⁸⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2003.

¹⁸⁹ Ibidem.

intervención en la celebración de contratos puede ocurrir no solo de forma directa, sino también de forma *indirecta*, es decir, por interpuesta persona, en virtud de un acto de **delegación**, designación, representación o mandato, supuestos en los cuales se configura igualmente la inhabilidad para ser elegido congresista.

330. Así, por ejemplo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de pérdida de investidura del 21 de abril de 2009, reconoció que la causal de inhabilidad de celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros “*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, ente 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.*”¹⁹⁰

331. Admitir lo contrario, esto es, que la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución solo puede predicarse de quien directamente ha suscrito o firmado el contrato con una entidad pública, sería igual que consentir una forma de burlar la Constitución, pues entonces cualquier aspirante a congresista podría fácilmente delegar en un tercero la suscripción de un contrato estatal, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, y así eludir un eventual proceso de nulidad electoral o de pérdida de investidura, lo que, a su turno, haría inoperante la referida prohibición al no existir reproche alguno para este tipo de comportamientos manifiestamente indebidos. Esta Sala, que es la responsable de guardar en su integridad la Constitución, no puede admitir y, mucho menos cohonestar una práctica como esta, en la cual la persona que sigue siendo el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro, por el mero hecho de delegar la contratación en un tercero, escape a la inhabilidad prevista por la Constitución.

La delegación no vacía la atribución, facultad o competencia del delegante

332. La delegación, sea que se utilice en el derecho público o en el derecho privado, no vacía la atribución, facultad o competencia del delegante. Tan solo implica el traslado de determinada atribución en favor de otro sujeto para que actúe en representación de la entidad, como delegado del representante legal, pudiendo el delegante reasumir su ejercicio y revocar la decisión, según lo determine la norma que autoriza la delegación.

333. Sobre la delegación, la Corte Constitucional ha precisado que “***no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan***

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de abril de 2009, Rad. 11001-03-15-000-2007-00581-00.

*claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, **el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.**”¹⁹¹ (negrita fuera de texto)*

334. En esa medida, la delegación no implica la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, pues aquél conserva la potestad de revocar en cualquier momento el acto de delegación y de reasumir sus competencias, así como para revisar los actos del delegatario. Ello pone en evidencia que el ejercicio de las funciones delegadas está determinado por el delegante, en virtud del vínculo funcional especial y permanente que se mantiene entre éste y el delegatario. Si no hubiese una delegación, ninguna persona diferente al representante legal podría celebrar contratos o representar a la entidad en procesos contractuales. En realidad, en el fenómeno de la delegación se tiene un ejercicio de funciones propias y exclusivas del representante legal, que se hace por otra persona de la misma entidad, en razón de la manifestación expresa del primero que autoriza al segundo el ejercicio de dichas funciones.

335. En el presente caso, la representación legal de CORPOVISIONARIOS estuvo radicada exclusivamente en su Presidente, es decir, en el ciudadano Antanas Mockus Sivickas, incluso después de celebrados los comicios del 11 de marzo de 2018. En los estatutos corporativos no se previó una representación legal compartida con algún otro miembro de esa entidad. Tampoco se estableció la figura del representante legal suplente. Siempre se trató de una representación legal unipersonal, en cabeza del referido ciudadano. Entonces, aunque los estatutos permitieran delegar en el Director Ejecutivo la presentación legal de CORPOVISIONARIOS, que ordinariamente ejercía el señor Antanas Mockus Sivickas, el que se haya hecho tal delegación no despojaba a este ciudadano de la titularidad de dicha función, pues la representación legal siempre estará afincada en la persona designada por el máximo órgano social, y reflejada en los estatutos, para ejercer la función.

La delegación no elimina la atribución, facultad o competencia del delegante radicándola de manera definitiva en el delegatario

336. Así como la delegación no vacía la competencia del delegante, tampoco la radica de manera definitiva en el delegatario. Si así se quisiera, se optaría por una figura distinta, lo cual supone una modificación del titular de la función, que en el ámbito del derecho público exige una modificación normativa (constitucional, legal o administrativa) y en el ámbito del derecho privado, una modificación o reforma estatutaria. La representación legal de las personas jurídicas de derecho privado, como ocurre con las entidades sin ánimo de lucro, es inherente a ellas por expresa disposición legal, de suerte que esta facultad siempre se encontrará radicada en la persona que, para dicho efecto, se designe en los estatutos sociales. De este modo, como lo ha establecido

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002.

la jurisprudencia constitucional, “*cualquier limitación o restricción que se quiera imponer deberá constar explícitamente en el contrato social e inscribirse en el registro mercantil para que sea imponible a terceros.*”¹⁹²

337. Así, pues, en la medida en que la delegación es esencialmente revocable y, por ende, en cualquier momento el delegante puede reasumir la competencia delegada, no cabe predicar de ello la pérdida de la titularidad de la función o, por lo mismo, que aquella quede radicada de manera definitiva en el delegatario.

Delegante y delegatario son responsables por los contratos o convenios celebrados y ejecutados no obstante el acto de delegación

338. Dado que entre el delegante y el delegatario se conserva el vínculo que le permite al primero mantener un grado de influencia y control sobre las actuaciones del segundo, en materia contractual ello genera la responsabilidad del delegante por la falta de vigilancia y tutela sobre las actuaciones del delegatario. En ese sentido, la titularidad de la función no se pierde por parte del delegante, y tampoco se afecta o menoscaba su responsabilidad, pues esta radica tanto en quien delega como en la persona a quien se ha delegado. El delegante siempre responde –penal, administrativa o disciplinariamente– por el dolo o culpa grave en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, sin perder de vista que su responsabilidad siempre será subjetiva por acción o por omisión.

La delegación es una técnica o instrumento utilizado tanto en derecho público como en derecho privado

339. En el derecho público “[l]a delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.”¹⁹³

340. Para que la delegación en materia administrativa se pueda materializar se requiere de una autorización legal o administrativa y de la expedición de un acto de delegación “*en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación.*”¹⁹⁴ Sobre estas condiciones, la Corte ha expresado que “*la posibilidad de transferir su competencia –no la titularidad de la función– en algún campo, se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo, a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad*

¹⁹² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-384 de 2008.

¹⁹³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-382 de 2000.

¹⁹⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002.

de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica.”¹⁹⁵

341. El delegante está previsto en la Constitución, en la ley o en un acto administrativo normativo. En la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Constitución Política le otorga la calidad de delegante al Presidente de la República y lo faculta para delegar, previa autorización legal, en una serie de funcionarios previamente definidos como delegatarios. Así, después de la autorización que le confiera la ley, aquél dicta el decreto que contiene el acto de delegación de la respectiva función. Por lo tanto, solo puede ser delegante quien es el titular de la función a delegar, pues, como lo ha precisado esta Corporación, ninguna autoridad “*puede delegar funciones que no tiene.*”¹⁹⁶ A su turno, el delegatario, que es el que recibe la competencia o función delegada, guarda con aquél una relación jerárquica o funcional de menor grado.

342. De acuerdo con lo anterior, la delegación administrativa se somete a las siguientes reglas: “*a) Corresponde al legislador determinar tanto las funciones que pueden ser delegadas como los órganos que pueden ser receptores de las funciones delegadas, así como las condiciones bajo las cuales puede llevarse a cabo la delegación. b) El traslado de las funciones del titular de la función al órgano delegatario se produce a través de un acto administrativo. c) El órgano delegante puede reasumir, en cualquier tiempo, las funciones delegadas, o en relación con una situación particular y concreta cuando decide acometer directamente la resolución de un asunto determinado o reformar o revocar la decisión del delegatario (fenómeno de la avocación). d) La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario; salvo cuando, conforme a lo expuesto antes el órgano delegante resuelva reasumir las competencias delegadas.*”¹⁹⁷

La delegación y el mandato. Delegante o mandante y delegatario o mandatario

343. El artículo 2142 del Código Civil define el *mandato* como un contrato a través del cual una persona (mandante) confía la gestión de uno o más negocios a otra (mandatario), que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Por su parte, el Código de Comercio (arts. 1262 y 1263) se refiere al *mandato* como aquel mediante el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, haciendo la salvedad que el mandato puede conllevar o no la representación del mandante, y comprende los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.

344. En la jurisprudencia constitucional el mandato ha sido descrito como “*uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste en que el mandatario se encarga*

¹⁹⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2001.

¹⁹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-082 de 1996.

¹⁹⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-382 de 2000.

de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella."¹⁹⁸

345. Aunque la delegación, como ya se ha visto, es aplicable en el derecho privado, no se puede confundir con el contrato de mandato, pues este último, a diferencia de aquél, es un negocio jurídico de carácter bilateral y, como tal, exige unas formalidades que no se acompañan con la naturaleza jurídica del acto de delegación de funciones, que es unilateral. Así, por ejemplo, el mandato, para su perfeccionamiento, exige la aceptación del mandatario, y una vez aceptado no podrá disolverse el contrato, sino por voluntad de las partes (art. 2150 del Código Civil).

346. El mandato implica que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que acepta hacerse cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, sin que adquiera la investidura que le permita ejercer las funciones del cargo, como ocurre en la delegación. Además, mientras el ejercicio de la competencia delegada puede ser reasumido en cualquier tiempo por el delegante, en el contrato de mandato ello no es posible, pues su finalización está determinada por el acaecimiento de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 2189 del Código Civil. De esta manera, es impropio asimilar el acto de delegación a un contrato de mandato, aun cuando en la jurisprudencia del Consejo de Estado se le ha dado tal carácter. En el caso materia de examen no hubo mandato, sino delegación, según los actos de que dan cuenta los hechos descritos al inicio de esta providencia.

347. En el ámbito de la delegación, entre el delegante y el delegatario existe, entonces, un vínculo funcional especial y permanente para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y es permanente en cuanto sigue activo mientras rija el acto de delegación. Este vínculo se funda en que el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, así como para revocar el acto de delegación.

348. La delegación no supone ningún cambio en el orden objetivo de competencias, ya que estas siguen atribuidas al delegante. Así las cosas, colegir que el señor Antanas Mockus fue quien celebró de forma indirecta los dos Convenios de Asociación con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos del Distrito Capital, que en realidad fueron contratos estatales regidos esencialmente por la ley de contratación pública, dentro del período inhabilitante para ser congresista, porque la delegación que hiciera al Director Ejecutivo de CORPROVISIONARIOS no lo despojó de la condición de representante legal de dicha Corporación, no vació sus atribuciones, facultades ni competencias ni, menos aún, las trasladó de manera definitiva en el delegatario, no se muestra como una interpretación arbitraria, irrazonable o caprichosa. Tampoco significa que se haya hecho un análisis extensivo o analógico de la procedencia de la causal de inhabilitación referida a la celebración de contratos, como lo asegura el actor.

¹⁹⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-1178 de 2001.

349. Para esta Corte, la interpretación por la que se decantó el juez electoral, en el sentido de que el Director Ejecutivo actuó como delegatario o mandatario de quien ostentaba la calidad de Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y, por lo mismo, quien podía obligar jurídicamente a la Corporación, es la que, en definitiva, le da valor y efecto útil a la inhabilitación por celebración de contratos prevista en artículo 179.3 de la Carta.

La participación del señor Antanas Mockus Sivickas en la gestión precontractual que culminó con la celebración de los contratos con entidades públicas

350. La Sección Quinta delimitó su análisis a lo relacionado con la conducta inhabilitante de celebración de contratos (*ut supra* 31). Dentro de ese preciso ámbito, es necesario referirse brevemente a algunos elementos que indicarían que, además de su intervención, por interpuesta persona, en la celebración de contratos con entidades públicas, el señor Antanas Mockus también habría incidido en la actividad precontractual adelantada por CORPOVISIONARIOS y que finalmente se materializó con la suscripción o celebración de los referidos contratos por parte de su delegatario.

351. En efecto, durante la etapa preliminar a la suscripción del Convenio de Asociación 10 del 9 de noviembre de 2017, entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto (ACPP) y CORPOVISIONARIOS, se observan varias situaciones relevantes que merecen ser destacadas:

*Reunión del Consejo Directivo de CORPOVISIONARIOS celebrada el 5 de octubre de 2017.*¹⁹⁹

352. De acuerdo con el Acta núm. 54 del 5 de octubre de 2017, el señor Antanas Mockus presidió la reunión del Consejo Directivo de CORPOVISIONARIOS celebrada en esa misma fecha. En dicha reunión el Director Ejecutivo puso en consideración de los miembros del Consejo Directivo la firma y el aporte presupuestal para la suscripción de un Convenio de Asociación con la ACPP. El contenido del acta, en lo pertinente, es el siguiente:

“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 Murrain 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 Murrain en su calidad de Director Ejecutivo de la Corporación.

¹⁹⁹ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Pruebas recibidas/PERDIDA DE INVESTITURA /CUADERNO PRINCIPAL4.pdf(pág. 45-49).*

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

“1. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM

*“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.” (negrita fuera de texto)

*Carta de intención del 11 de octubre de 2017.*²⁰⁰

²⁰⁰ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: *“Pruebas recibidas/PERDIDA DE INVESTITURA/ANEXO 1.pdf* (pág. 63).

353. En la carta de intención firmada por el Gerente General de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, Roberto Moya Ángel, se invita al señor Antanas Mockus, en calidad de Presidente de CORPOVISIONARIOS, a “*allegar una propuesta que coadyuve al Gobierno de Cundinamarca a alcanzar nuevos escenarios de convivencia ciudadana.*”

Doctor
ANTANAS MOCKUS SIVICKAS
Presidente
CORPOVISIONARIOS
Diagonal 40A # 14 - 66 Piso 2
Bogotá.



Asunto: **Carta de Intención.**

Reciba un atento saludo

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.

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 Postconflicto.

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 a allegar una propuesta que coadyuve al Gobierno de Cundinamarca a alcanzar nuevos escenarios de convivencia ciudadana.

Estaré atento de sus comentarios al respecto.

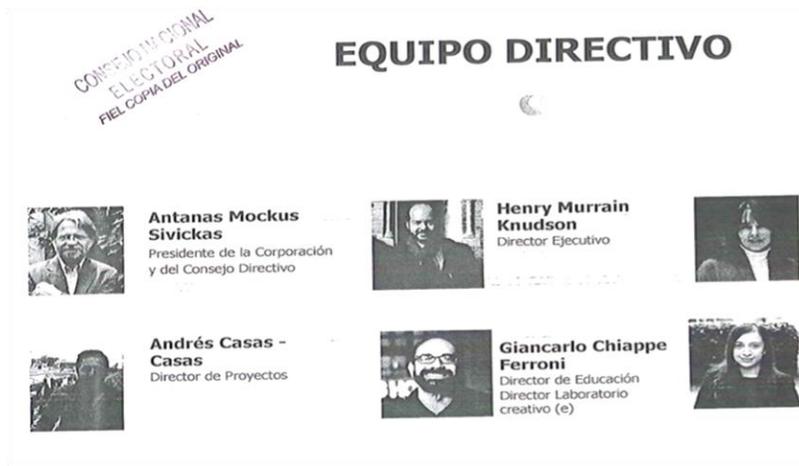
*Propuesta técnica y económica presentada por CORPOVISIONARIOS en respuesta a la carta de intención.*²⁰¹

354. En respuesta a la invitación de la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, el 12 de octubre de 2017 CORPOVISIONARIOS presentó propuesta técnica y económica para el desarrollo del proyecto ofertado. Aunque el documento fue firmado por el Director Ejecutivo, en dicha propuesta se ofrecieron los siguientes servicios:

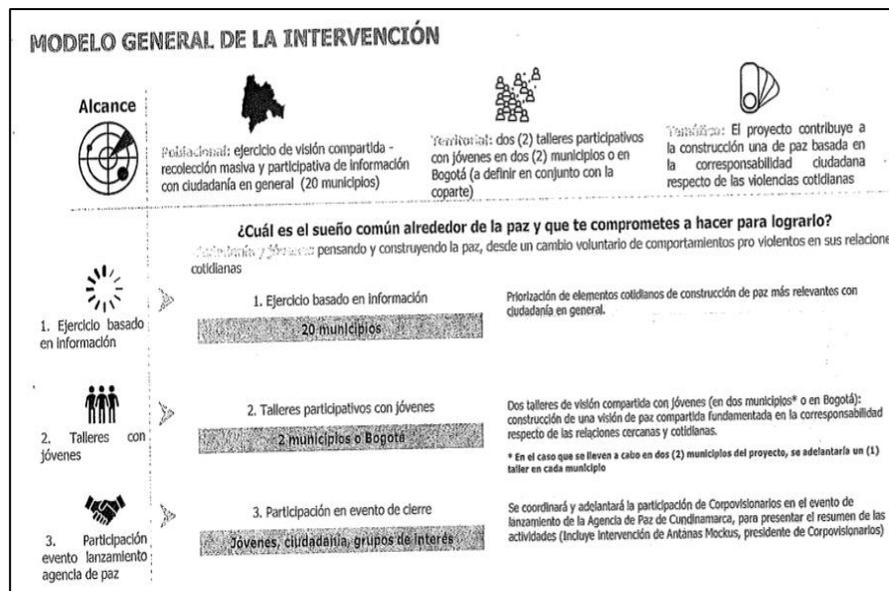
- *La participación del señor Antanas Mockus como integrante del equipo directivo a cargo de proyecto*²⁰²

²⁰¹ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “T7835841 CI-P97-CD(1)/Cds exp. 2018-00130/Cd.folio 24/PRUEBAS9_PROPUUESTA TECNICA CORPOVISIONARIOS.pdf” (pág. 21-55).

²⁰² Ibidem, pág. 52.



- La intervención del señor Antanas Mockus en el evento de lanzamiento de la Agencia de Paz de Cundinamarca²⁰³



- Transporte y viáticos de encuestadores, dinamizadores de talleres “y del profesor Antanas Mockus” incluidos en el costo total del proyecto²⁰⁴

²⁰³ Ibidem, pág. 34.

²⁰⁴ Ibidem, pág. 55.

COSTO	
	Valor total: \$428.571.428
Aporte de la Gobernación de Cundinamarca:	\$ 300.000.000
Aporte de Corpovisionarios:	\$ 128.571.428
<p>Inclusión:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Equipo de directores, coordinadores e investigadores. • Equipo de encuestadores. • Dispositivos electrónicos para levantamiento de información en los 20 municipios. • Promoción de publicaciones en Facebook de forma focalizada (el anuncio se optimizará para que llegue a los jóvenes de Cundinamarca) • Producción y edición de video. • Dispositivos electrónicos para los dos (2) talleres. • Dinamizadores y materiales de los dos (2) talleres • Transporte y vísticos de encuestadores, dinamizadores de talleres y del profesor Antanas Mockus. 	

Estudios previos elaborados por la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto (ACPP).²⁰⁵

355. En el apartado denominado “JUSTIFICACIÓN DE LA SELECCIÓN DEL ASOCIADO” se menciona que son factores determinantes para la selección del contratista, entre otros, los siguientes:

*“... 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 como [...]”*

*“Estos procesos son desarrollados por el **profesor Mockus** y un equipo interdisciplinario de amplia solvencia académica y técnica que en los últimos años han sido compartidas con funcionarios de gobierno, organizaciones de la sociedad civil y comunicades de Cartagena, Cúcuta, Valledupar y Manizales.*

*“**El profesor Antanas Mockus, será el coordinador general de la propuesta.** Actualmente el profesor es presidente de la Corporación Visionarios por Colombia, es ExAlcalde Mayor de Bogotá. ExRector de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesor asociado de [...] sus más recientes investigaciones han girado principalmente alrededor de la convivencia y la relación entre la ley, moral y cultura.*

*“Entre otros procesos adelantados por Corpovisionarios, cabe destacar que en el 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 Mockus**. Gracias a los buenos resultados de las experiencias alcanzadas, por Corpovisionarios con anteriores entidades públicas con las que ha tenido relación, la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto, consideró pertinente desarrollar el proyecto que se plantea la presente propuesta.*

[...]”

²⁰⁵ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Pruebasrecibidas8_ESTUDIOS_PREVIOS_CONVENIO 010_CORPOVISIONARIOS.pdf(pág. 21).

Certificado de disponibilidad presupuestal aprobado por el Consejo Directivo de CORPOVISIONARIOS.²⁰⁶

356. El Consejo Directivo, presidido por el Presidente de la Corporación, Antanas Mockus, aprobó la asignación de recursos para la financiación del Convenio de Asociación núm. 10 del 9 de noviembre de 2017, según consta en el certificado de disponibilidad presupuestal núm. 2017-100 expedido el 5 de noviembre de 2017. Su contenido es el siguiente:

“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.”

Fecha de expedición: Noviembre 5 de 2017

357. Es importante aclarar que no existe ninguna manifestación, acta o documento que sugiera que el señor Antanas Mockus no participó o se hubiera declarado impedido para participar en la reunión del Consejo Directivo en la que se aprobó el presupuesto de la Corporación para financiar, entre otros proyectos, el suscrito con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto.

Estudios previos elaborados por la UAESP.²⁰⁷

358. La cotización presentada por CORPOVISIONARIOS incluye valores a pagar por actividades del Presidente de la Corporación, así:

²⁰⁶ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “Pruebas recibidas/PERDIDA DE INVESTITURA/ANEXO 1.pdf (pág. 129).

²⁰⁷ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “T7835841 CI-P97-CD(1)/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS/11_ESTUDIOS_PREVIOS_CONVENIO556_UAESP.pdf” (pág. 16).

4.1.1. ESTUDIO DE MERCADO

Corpovisionarios presentó a la UAESP una cotización preliminar de las actividades a desarrollar y el valor de las mismas, con el siguiente desgajado:

PRESUPUESTO PROYECTO UAESP				
FASE	ETAPA	DURACIÓN	CONCEPTO	VALORES PROYECTO
I	Formulación	1 MES	Profesional I Observatorio	\$ 4.189.868
			Profesional III Observatorio	\$ 4.456.314
			Profesional I / Estadístico Observatorio	\$ 8.379.736
			Profesional I Laboratorio	\$ 4.189.868
			Profesional III Laboratorio	\$ 2.228.157
			Profesional I Educación	\$ 837.974
			Profesional III Educación	\$ 2.228.157
			Presidente	\$ 2.560.000
			Director Ejecutivo	\$ 4.380.351
			Director Observatorio	\$ 2.560.000
			Coordinador/Subdirector Observatorio	\$ 2.560.000
			Director de Proyectos	\$ 3.840.000
			Subdirector Proyectos	\$ 1.920.000
			Director Educación / Laboratorio	\$ 4.480.000
			Coordinador/Subdirector Laboratorio - Educación	\$ 1.280.000
			Coordinador comunicaciones	\$ 3.200.000
			Coordinador proyectos	\$ 3.228.000
	Profesional I Observatorio	\$ 16.759.473		
	Profesional III Observatorio	\$ 17.825.254		
	Profesional I / Estadístico Observatorio	\$ 33.518.945		
	Profesional I Laboratorio	\$ 16.759.473		
	Profesional III Laboratorio	\$ 17.825.254		
	Profesional Apoyo Producción Proyectos	\$ 7.078.380		
	Profesional I Educación	\$ 16.759.473		
	Profesional III Educación	\$ 3.565.051		
	Presidente	\$ 6.144.000		
	Director Ejecutivo	\$ 10.450.725		
	Director Observatorio	\$ 4.480.000		
	Director Educación / Laboratorio	\$ 10.752.000		
	Director Proyectos	\$ 12.288.000		
	Dirección Observatorio	\$ 6.144.000		
	Subdirección proyectos	\$ 4.608.000		
	Coordinador proyectos	\$ 7.987.200		
	Coordinador producción	\$ 3.456.000		
	Coordinador/Subdirector Laboratorio	\$ 3.072.000		
	Coordinador/Subdirector Observatorio	\$ 6.144.000		
	Coordinador comunicaciones	\$ 3.072.000		
	Dirección Administrativa	\$ 3.456.000		
	Especialista en experimentos	\$ 28.160.000		
	Profesional apoyo experimentos	\$ 10.240.000		
	Transportes gestión equipo Bogotá	\$ 6.400.000		
	Encuesta	\$ 245.760.000		
	Incentivos experimento	\$ 3.840.000		
Talleres experimentos (lógica)	\$ 44.800.000			
Vision Compartida	\$ 14.92.595			
Refrigerios	\$ 506.880			
Materiales	\$ 640.000			
Saón, equipos	\$ 8.960.000			
Material audio visual	\$ 14.080.000			
Otros gastos de operación	\$ 25.600.000			
Subtotal				\$671.943.127
IVA				\$ -
Total (Sin IVA)				\$671.943.127

La versión libre rendida por Henry Murrain Knudson, Director Ejecutivo de CORPOVISIONARIOS, ante el Consejo Nacional Electoral (CNE), y la ampliación de la diligencia.²⁰⁸

359. En estas diligencias el Director Ejecutivo reconoce cuatro hechos importantes: *i)* a la pregunta de si el señor Antanas Mockus Sivickas se encuentra facultado para reasumir la representación legal de CORPOVISIONARIOS en los mismos términos que la delegó, responde afirmativamente. Menciona que esto se hace a través de la Junta o de la Asamblea, lo cual no es cierto porque más adelante acepta que la delegación fue facultad exclusiva del Presidente; *ii)* el señor Antanas Mockus Sivickas presidió los Consejos Directivos en los que él, como Director Ejecutivo, rindió informes de su gestión en el convenio firmado con la ACPP, y que aquél conoció de dicho convenio en diciembre de 2017; *iii)* por solicitud de la ACPP, en la propuesta se estipuló que el señor Mockus acompañaría las actividades del proyecto con un “taller”, pero que, con posterioridad a la firma del convenio, le manifestó a la ACPP que el señor Mockus Sivickas no dictaría dicho taller y que los gastos relacionados con su participación “no se involucrarían” (en el costo del convenio se habían incluido transporte y viáticos para el señor Mockus). Explica que no estaba enterado de las aspiraciones políticas del señor Mockus y que, por esa razón, lo incluyó como parte del equipo en la propuesta; y iv) los actos de delegación no fueron debidamente inscritos en el registro público que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

²⁰⁸ Documento disponible en la siguiente ruta del expediente electrónico: “T783584I CI-P97-CD(1)/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS/13_EXPEDIENTE_3686_CNE.pdf.” (págs. 3,4 y 244).

Declaración por escrito rendida por el señor Antanas Mockus ante el Consejo Nacional Electoral (CNE) y la diligencia de ampliación.²⁰⁹

360. En estas diligencias el accionante, aunque afirma que no movió ningún dedo para obtener los contratos, reconoce, en varias oportunidades, que presidió el Comité Ejecutivo en el que se le dio a conocer el proyecto ante la ACPP y, también, de una solicitud al Consejo Directivo para la asignación de recursos como contrapartida para la ejecución del convenio. De manera contradictoria afirma que, en todo caso, no intervino en nada relacionado con dicho proyecto, *“solamente en los dos aspectos que señalé (...)”*

361. De igual forma, admite que los actos de delegación no fueron debidamente inscritos ante la Cámara de Comercio de Bogotá, pues a cada documento que acompaña un proyecto se le anexa una copia de la delegación, y *“a muchas de las personas que permiten desarrollar proyectos les basta con esa copia”*.

362. En ese orden de ideas, la Sala Plena concluye que tampoco se configura el defecto sustantivo alegado por el actor.

363. En vista de las anteriores circunstancias, se revocarán los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 2 de julio de 2019; y, en segunda instancia, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación el 21 de enero de 2020. En su lugar, se negará el amparo promovido por el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en contra la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

364. Asimismo, se dejará en firme la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad de la elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas como Senador de la República para el período 2018-2022.

Síntesis de la decisión

365. Sala Plena resolvió la acción de tutela presentada por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en contra de la providencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de su elección como congresista para el período constitucional 2018-2022, por haber incurrido en la inhabilidad de celebración de contratos prevista en el artículo 179.3 de la Constitución Política.

366. De manera preliminar, la Sala Plena advirtió la configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente, toda vez que el período constitucional para el cual fue elegido el señor Antanas Mockus terminó el 19 de julio

²⁰⁹ “T7835841 CI-P97-CD(1)/Cds exp. 2018-00130/Cd folio 24/PRUEBAS/13_EXPEDIENTE_3686_CNE.pdf” (págs. 35-37 y 77-80).

de 2022. Sin embargo, de conformidad con las reglas definidas en la Sentencia SU-522 de 2019, decidió realizar un pronunciamiento de fondo, con el fin de avanzar en la comprensión de los derechos fundamentales en discusión y/o corregir las decisiones judiciales de instancia.

367. Luego de encontrar satisfechos todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte planteó la necesidad de resolver tres problemas jurídicos.

368. Sobre el primero de ellos, advirtió que no se configuraron los defectos orgánico y procedimental absoluto alegados por la parte actora, toda vez que la Sección Quinta del Consejo de Estado sí tenía competencia para dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral. Encontró que, en el presente caso, aunque existían dos interpretaciones posibles del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, la interpretación que entendía que el “primer fallo” que hizo tránsito a cosa juzgada, en los términos de dicha norma, era aquel debidamente ejecutoriado, resultaba razonable, pues, como se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, solo los fallos ejecutoriados y en firme son susceptibles de hacer tránsito a cosa juzgada.

369. En cuanto al segundo problema jurídico, la Corte determinó que tampoco se configuró el defecto fáctico en su dimensión positiva, toda vez que del examen de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS, de los actos de delegación efectuados por el accionante, de los contratos suscritos con entidades públicas durante el período inhabilitante y del certificado de existencia y representación legal resultaba inequívoco que, para la fecha en la que se celebraron los cuestionados contratos, la representación legal de CORPOVISIONARIOS se encontraba radicada de manera exclusiva en el Presidente de la Corporación, cargo que ejercía únicamente el señor Antanas Mockus, y que seguía ostentando incluso para la fecha en la que se realizaron las elecciones congresariales. Por lo tanto, la Sala Plena concluyó que ni en los estatutos de CORPOVISIONARIOS ni en el registro público llevado por la Cámara de Comercio de Bogotá de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se observaba que el Director Ejecutivo tuviera la calidad de Representante Legal de la Corporación, o que existiera una especie de representación legal compartida. Advirtió que cuestión distinta era que, además de la función de representación legal, autorizado por los Estatutos, el Presidente tuviera la facultad de delegar dicha función, situación que, en todo caso, no despojaba al señor Antanas Mockus de su condición de Representante Legal de CORPOVISIONARIOS, tanto así que participó en varias gestiones precontractuales necesarias para la suscripción de los Convenios objeto de análisis.

370. Al resolver el tercer problema jurídico, la Corte encontró que el defecto sustantivo, asociado a una supuesta interpretación extensiva de la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución, tampoco se acreditó. Recordó que, desde su jurisprudencia temprana, el Consejo de Estado ha interpretado que la intervención en la celebración de contratos puede ocurrir no solo de forma directa, sino también de forma indirecta, es decir, por interpuesta persona, en virtud de un acto de delegación,

designación, representación o mandato, supuestos todos en los cuales igualmente se configuraba la inhabilidad para ser elegido congresista.

371. Advirtió que admitir lo contrario, esto es, que la inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución solo puede predicarse de quien directamente ha suscrito o firmado el contrato con una entidad pública, sería igual que consentir una forma de burlar la Constitución, pues entonces cualquier aspirante a congresista podría fácilmente delegar en un tercero la suscripción de un contrato estatal, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, y así eludir un eventual proceso de nulidad electoral o de pérdida de investidura, lo que, a su turno, haría inoperante la referida prohibición al no existir reproche alguno para este tipo de comportamientos manifiestamente indebidos.

372. En ese entendido, concluyó que la interpretación de la Sección Quinta, en el sentido de que el señor Antanas Mockus fue quien celebró de forma indirecta los dos contratos con entidades públicas dentro del período inhabilitante para ser congresista, porque la delegación que hizo al Director Ejecutivo no lo despojó de su condición de Representante Legal de CORPOVISIONARIOS, no vació sus atribuciones, facultades ni competencias ni, menos aún, las trasladó de manera definitiva en el delegatario, no se mostraba como una interpretación arbitraria, irrazonable o caprichosa.

373. En consecuencia, resolvió revocar los fallos de tutela proferidos por los jueces de instancia y, en su lugar, negó la protección constitucional solicitada. Además, dejó en firme la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el Auto 236 del 13 de mayo de 2021.

SEGUNDO. Por las razones expuestas en esta providencia, **REVOCAR** los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 2 de julio de 2019; y, en segunda instancia, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación el 21 de enero de 2020. En su lugar, **NEGAR** el amparo promovido por el señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en contra la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

TERCERO. DEJAR EN FIRME la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad de la elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas como Senador de la República para el período 2018-2022.

CUARTO. Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada
Ausente con permiso

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO
Magistrado (E)

JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR
Conjuez

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Conjuez

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General