

VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES / INTERÉS DIRECTO, PARTICULAR, ACTUAL Y REAL

El interés exigido debe tener tal entidad que lleve al congresista a incurrir en un ejercicio parcializado y no transparente de sus funciones, es decir, a una actuación no signada por la correcta prestación de la función pública y la prevalencia del interés social, sino por sus propios beneficios. En tal sentido, se ha exigido que el interés debe ser directo, esto es, que surja automáticamente del cumplimiento de la función parlamentaria; asimismo, debe ser particular o, en otras palabras, radicar en cabeza del congresista o de las personas que tienen vínculos con este; actual, es decir, precedente y concurrente con el cumplimiento de las funciones por parte del parlamentario; moral o económico, lo cual pone de manifiesto que no está circunscrito al ámbito estrictamente monetario, y, por último, debe ser real, no hipotético o eventual. En el sub lite está probado que el 19 de agosto de 2014, cuando la congresista demandada participó y votó en el acto de elección de Contralor General de la República, sin manifestar impedimento o ser recusada, ya estaba ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal en contra de su hermano y sólo quedaba pendiente el cobro de la condena impuesta en contra de este último. En efecto, la ejecutoria del fallo fiscal se produjo el 26 de mayo de 2004, es decir, diez años antes de que se realizara la elección precitada. (...) Es preciso advertir que el 26 de mayo de 2004 quedó ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal proferido en contra del señor Contento Sanz, hermano de la demandada. En esos términos, difícilmente podría sostenerse que para el 19 de agosto de 2014, cuando se llevó a cabo la referida elección en cuestión, la parlamentaria tuviera un interés actual en la elección del Contralor General de la República, toda vez que para esta última fecha la responsabilidad fiscal de su hermano ya estaba definida. En otras palabras, la decisión definitiva del proceso fiscal ya se había adoptado y en firme para cuando la elección de Contralor General de la República aquí cuestionado se llevó a cabo, sin que hasta la fecha exista prueba que desvirtúe esa firmeza, razón por la cual cualquier cuestionamiento sobre la misma es una mera especulación, no es real. Una interpretación en contrario conllevaría a considerar que los parlamentarios que tuvieran familiares sancionados por los órganos de control con decisiones en firme estarían impedidos para participar en la referida elección, cuando lo cierto es que jurisprudencialmente se exige del interés su actualidad y certeza para constituya un conflicto de intereses. (...) En suma, el hecho de que la ejecutoria del fallo de responsabilidad fiscal dictado en contra del hermano de la congresista demandada se verificara años antes de que se llevara a cabo el proceso de elección cuestionado, impide predicar la existencia de un interés actual y real que constituyera un conflicto de intereses para cumplir con la función electoral confiado constitucionalmente a la parlamentaria. (...) A modo de conclusión, los fundamentos de la presente decisión se concretan así: (i) la declaratoria de responsabilidad fiscal se encontraba plenamente ejecutoriada antes de la elección; (ii) dentro del proceso coactivo tampoco podía intervenir el Contralor General de la República, en tanto la distribución de esos asuntos se lo impedía; (iii) no es posible afirmar que en efecto la demandada votó en favor del ciudadano que resultó electo, toda vez que el voto es secreto; (iv) en las condiciones expuestas, tampoco puede estructurarse un reproche en contra de la demandada por no declararse impedida, toda vez que no existían razones fundadas para pensar que estaba inmersa en un conflicto de intereses, y, finalmente, (v) los argumentos expuestos han sido recogidos por la Sala en otros asuntos que comparten características similares al aquí en estudio, en tanto no existe un interés actual y real.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 183 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 182 / LEY 5 DE 1992

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA – Causal de conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES – Elementos configurativos

El marco normativo del conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura para los congresistas, está contenido inicialmente en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política. (...) Frente a esta causal, en reciente providencia, la Sala Plena de esta Corporación reiteró que para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos: “(i) [q]ue exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, (ii) [q]ue el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, (iii) [q]ue el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación, (iv) [q]ue el congresista haya participado en los debates y/o haya votado y (v) [q]ue la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 183 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 182 / LEY 5 DE 1992

CONFLICTO DE INTERESES – Elementos. Participación en un asunto confiado constitucional y legalmente

Una de las exigencias de la causal de conflicto de intereses es que exista intervención del congresista en asuntos que por su competencia le corresponde conocer. Al respecto, el pleno de esta Corporación ha señalado que “el conflicto de interés afecta la posibilidad de participar en toda clase de actuaciones y decisiones donde, en principio, debería actuar el congresista, es decir, que está inhibido para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Esto significa que no puede intervenir en la deliberación ni en la votación de proyectos de ley, de actuaciones judiciales, ni en la adopción de otras decisiones judiciales, electorales o políticas, siempre que lo afecten”. (...) En el sub lite, se tiene que el inciso 5º del artículo 267 de la Constitución Política le asignó al Congreso de la República en pleno la elección del Contralor General de la República. En esa dirección, está probado en el proceso que la congresista demandada participó y votó en la elección del Contralor General de la República en la Sesión del 19 de agosto de 2014. En esos términos, la exigencia en estudio está satisfecha.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / COBRO COACTIVO / GESTIÓN FISCAL - Concepto

El proceso de responsabilidad fiscal se define legalmente como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado (artículo 1). Ahora bien, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición,

planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (artículo 3). En esos términos, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, para lo cual en cada caso se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículo 4). El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse por diversas circunstancias: (i) de oficio, (ii) como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, (iii) por la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o (iv) por las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Temas: Causal de pérdida de investidura de congresista por presunto conflicto de intereses al votar en la elección del Contralor General de la República, cuando su familiar cercano tiene un proceso coactivo vigente en la Contraloría General de la República.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, corresponde a la Sala decidir la demanda de pérdida de investidura presentada por el señor Edwin Gabriel Díaz, en nombre propio, y en contra de la Representante a la Cámara Elda Lucy Contento Sanz.

SÍNTESIS DEL CASO

Se pretende la declaratoria de pérdida de investidura de la señora Representante a la Cámara Elda Lucy Contento Sanz, como consecuencia de haber incurrido, presuntamente, en conflicto de intereses por votar en la elección del Contralor General de la República llevada a cabo el 19 de agosto de 2014, fecha para la cual el hermano de la congresista, el señor Elkin Antonio Contento Sanz, se encontraba vinculado dentro de un proceso por responsabilidad fiscal, el cual está en cobro coactivo.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 14 de mayo de 2015 (fl. 1, c. ppal), el abogado Edwin Gabriel Díaz, en ejercicio de la acción de pérdida de investidura, contenida en el artículo 184 de la Constitución Política y desarrollada en la Ley 144 de 1994, solicitó (fls. 1b y 2, c. ppal):

PRIMERA: DECLÁRESE EL CONFLICTO DE INTERESES en el que incurrió la Dra. ELDA LUCY CONTENTO SANZ el día 19 de agosto en sesión de elección del Contralor General de la República, por configurarse la causal establecida en el art. 183 numeral 1 de la Constitución Política.

SEGUNDA: DECRETE la pérdida de investidura de la Dra ELDA LUCY CONTENTO SANZ electa como Representante a la Cámara por el Departamento del Meta para el periodo 2014-2018.

TERCERO: ORDÉNESE la cancelación de la credencial de la Dra. ELDA LUCY CONTENTO SANZ ante las autoridades electorales y disponga expedir la nueva credencial en reemplazo siguiente en la lista respectiva.

Las anteriores pretensiones, se fundamentaron en la siguiente situación fáctica (fls. 2 a 9, c. ppal):

(i) El 20 de julio de 2014, la congresista Elda Lucy Contento Sanz tomó posesión como Representante a la Cámara por el Departamento del Meta para el periodo 2014 a 2018.

(ii) El 19 de agosto siguiente, la congresista Elda Lucy Contento Sanz participó y votó en la elección del Contralor General de la República sin manifestar impedimento alguno, aun cuando para esa fecha su hermano Elkin Antonio Contento Sanz se encontraba sancionado fiscalmente y su proceso estaba en

cobro coactivo desde el año de 2005 en la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

2. El trámite procesal

2.1. La contestación de la demanda. La congresista guardó silencio, pese a haber sido notificada en debida forma del auto admisorio de la demanda del 19 de mayo de 2015 (fls. 124 a 129, c. ppal).

2.2. Del periodo probatorio. Mediante providencia del 4 de junio de 2015, se abrió el proceso a prueba y se tomaron las siguientes decisiones:

(i) Tener como pruebas, con el valor que les corresponda, los documentos aportados con la demanda, visibles a folios 30 a 121 del cuaderno principal.

(ii) A solicitud del demandante, se ordenó librar oficios a la Imprenta Nacional para que allegara copia auténtica de la Gaceta del Congreso, Senado y Cámara n.º 529 del 24 de septiembre de 2014; a la Contraloría General de la República, Dirección Coactiva, para que certificara la existencia y estado actual del proceso de responsabilidad n.º 232/00-5077-9-11/00 y del proceso coactivo J-1202, seguido en contra del señor Elkin Antonio Contento Sanz, así como copia auténtica de la totalidad de los mencionados expedientes, y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que certificara la calidad de Representante a la Cámara por el Departamento del Meta de Elda Lucy Contento Sanz para el periodo 2014 a 2018.

2.3. La audiencia pública. El 8 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 11 de la Ley 144 de 1994. A ella asistieron el actor, la congresista demandada, junto con su apoderado, y el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado (fls. 253 a 255, c. ppal). Los mencionados oportunamente allegaron por escrito el resumen de sus intervenciones.

2.3.1. La parte actora (fls. 257 a 277, c. ppal) insistió en la configuración de la causal de pérdida de investidura de la demandada contenida en el numeral 1 del artículo 183 Superior, en tanto estimó probado que aunque la congresista conocía que su hermano tenía un proceso fiscal vigente votó en la elección del Contralor General de la República, sin que en ningún momento manifestara su impedimento ante el Congreso de la República.

2.3.2. La parte demandada (fls. 286 a 299, c. ppal) precisó que la condena fiscal al hermano de la congresista se produjo el 26 de mayo de 2004, fecha para la cual quedó debidamente ejecutoriada. En ese orden, para el 19 de agosto de 2014, cuando se llevó a cabo la elección del Contralor General de la República, la demandada carecía de interés alguno en tanto la situación jurídica de su hermano se encontraba plenamente definida.

La demandada precisó que el hecho de que siga el cobro coactivo en contra de su hermano no varía su situación jurídica como responsable fiscal, la cual fue definida hace más de diez años antes de la elección cuestionada. Por consiguiente, el elegido en nada podía variar la situación de su familiar. En esos términos, estimó que mal haría en concluirse que se incurrió en un conflicto de intereses, cuando lo único que está pendiente es la ejecución de una actuación administrativa concluida. Razonar en forma distinta significaría limitar desproporcionadamente la actuación de los servidores públicos.

2.3.3. Por su lado, el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado (fls. 281 a 285, c. ppal) solicitó que se negaran las pretensiones, en tanto el interés de la congresista y su hermano resultaba hipotético y eventual. Indicó que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el conflicto de intereses requiere de pruebas idóneas para demostrar que la elección del Contralor General de la República le reportaría un beneficio a la congresista o a sus familiares. Igualmente, precisó que el ejercicio de la función fiscal debe enmarcarse dentro los mandatos constitucionales y legales, razón por la cual el sólo hecho de participar en la elección no puede comportar la presunción de mala fe del elector ni del elegido.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. La competencia. El asunto *sub lite* es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 237, numeral 5, de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los artículos 1º de la Ley 144 de 1994 y 37 numeral 7º de la Ley 270 de 1996.

1.2. La acción procedente. La acción de pérdida de investidura es la conducente, por cuanto es el medio de control idóneo para estudiar la conducta de los miembros del Congreso de la República en los términos de los artículos 184 y 237.5 constitucionales y con arreglo a lo prescrito por la Ley 144 de 1994.

1.3. La legitimación en la causa. Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que el demandante es un ciudadano que con arreglo al artículo 1º de la Ley 144 de 1994 ostenta un claro interés jurídico sustancial, en tanto esta acción constitucional tiene un carácter público, y la demandada es una integrante del Congreso de la República, pasible de este medio de control al tenor de lo dispuesto por el artículo 183 superior, en consonancia con el artículo 1º de la Ley 144 de 1994.

1.4. La caducidad. La acción que permite solicitar la desinvestidura, como sucede con otros medios de control de carácter público, carece de término de caducidad y, por lo mismo, se puede ejercitar en cualquier momento, aún respecto de quienes ya se les venció el período para el cual fueron elegidos por el pueblo o se separaron del cargo por cualquiera otra circunstancia.

2. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si se encuentran demostrados o no los presupuestos para la procedencia de la pérdida de investidura en contra de la Representante a la Cámara Elda Lucy Contento Sanz por las causal de violación al régimen de conflicto de intereses.

3. Lo demostrado en el proceso

De acuerdo con el conjunto de las pruebas que obran en el expediente, se acreditaron los siguientes hechos relevantes para el proceso:

3.1. Elda Lucy Contento Sanz fue elegida como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Meta, para el periodo constitucional 2014-2018, por el Partido Social de la Unidad Nacional –Partido de la “U” (fl. 184, c. ppal, certificación de la Directora de Gestión Electoral (E) de la Registraduría General del Estado Civil del 11 de junio de 2015).

3.2. El señor Elkin Antonio Contento Sanz y la congresista Elda Lucy Contento Sanz son hermanos (fls. 62 y 63, c. ppal, Registros Civiles de Nacimiento de los mencionados, de los cuales se constata que sus padres son los señores Urbano Contento y Lucero Sanz. El primero de los mencionados nacido el 30 de septiembre de 1968 y la segunda el 25 de febrero de 1967).

3.3. La congresista Elda Lucy Contento Sanz asistió a la sesión del Congreso de la República en Pleno programada para el 19 de agosto de 2014 y votó en el proceso de elección del Contralor General de la República (fl. 116, c. ppal, certificación de la Subsecretaria General de la Cámara de Representantes del 5 de mayo de 2015). Igualmente, está demostrado que en esa oportunidad la congresista no se declaró impedida. Ahora, tampoco se demostró que fuera separada por recusación para participar de la referida votación. Consta en el proceso que varios Representantes a la Cámara manifestaron su impedimento por tener familiares investigados por la Contraloría General de la República; sin embargo, el Congreso reunido en pleno desestimó esos impedimentos, con una votación de 68 votos negativos, sobre 55 que consideraron que sí estaban impedidos (fls. 188 a 219, c. ppal, Acta de la Sesión del Congreso en Pleno del día martes 19 de agosto de 2014, contenida en la Gaceta del Congreso, Senado y Cámara n.º 529 del 24 de septiembre de 2014).

3.4. Está probado que al señor Elkin Antonio Contento Sanz, hermano de la demandada, en su condición de Gerente General de la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., al igual que a otras personas que ocuparon el mismo cargo en la referida entidad para la época de los hechos investigados, el 21 de septiembre de 2001, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República le abrió el proceso fiscal n.º 232, por presuntas irregularidades dentro de la ejecución de los contratos n.ºs 029, 039 y 040 de 1998 que ocasionaron un posible detrimento patrimonial a la referida Lotería por un valor de \$223.277.810. En la aludida decisión no se explicaron en qué consistían las presuntas irregularidades (fl. 450 a 454, anexo 9).

3.4.1. El 7 de junio de 2002, la referida Dirección de Investigaciones Fiscales le imputó responsabilidad fiscal al señor Elkin Antonio Contento Sanz, hermano de la demandada, en su condición de Gerente General de la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda. La misma decisión se extendió a los demás

vinculados (fls. 614 a 646, anexo 10). Las presuntas irregularidades consistieron en *“el posible incumplimiento del objeto del contrato n.º 029 suscrito el día 24 de julio de 1998, los intereses que debió pagar la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., al no pagar oportunamente el saldo que adeudaba al contratista en ejecución de los contratos n.º 039 suscrito el 04 de noviembre de 1998 y el 040 suscrito el 30 de noviembre de 1998, el primero de los cuales fue objeto de una declaratoria de caducidad”* (fl. 618, anexo 10, de la decisión en cita). En cuanto al señor Contento Sanz, el ente fiscal estimó que dentro de los contratos n.ºs 029 y 039 de 1998, el imputado, en su calidad de Gerente General, incurrió en las siguientes irregularidades: en el primero, autorizó el pago de unos servicios que nunca se prestaron y, en el segundo, se negó injustificadamente a pagarle al contratista unos saldos adeudados (fls. 614 a 646, anexo 10)¹.

3.4.2. El 21 de julio de 2003, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República declaró responsable fiscalmente al señor Contento Sanz, como consecuencia de las irregularidades imputadas dentro de los contratos n.ºs 029 y 039 de 1998, referidas en el numeral anterior de esta providencia, por las siguientes sumas: para el primer contrato, en la cantidad de \$10.224.933 y, para el segundo, en la suma de \$241.280.591 (fls. 3 a 45, anexo 1).

3.4.3. El 19 de noviembre de 2003, el referido Director de Investigaciones Fiscales confirmó la declaratoria de responsabilidad fiscal al desatar los recursos de reposición interpuestos por algunos de los sancionados y concedió las apelaciones interpuestas (fls. 65 a 90, anexo 1)².

3.4.4. El 22 de abril de 2004, la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, al resolver los recursos de apelación, confirmó parcialmente el fallo de responsabilidad, en tanto redujo el monto de la responsabilidad fiscal declarada en contra del señor Contento Sanz a la suma de \$241.280.591. En esa

¹ Vale referir que en el mencionado auto de imputación se ordenó el archivo de la investigación fiscal a favor del señor Luis Eulfo Peña Pérez, pero esa decisión fue revocada por la Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República en sede de grado de consulta (fls. 659 a 670, anexo 10).

² Igualmente, vale referir que sólo se revocó el artículo tercero de la decisión del 21 de julio de 2003, en relación a la Compañía Liberty Seguros S.A. (fls. 89 y 90, anexo 10).

oportunidad, se absolvió al sancionado respecto de las presuntas irregularidades del contrato n.º 029 de 1998 (fls. 91 a 106, anexo 1). En efecto, el órgano fiscal sostuvo (fls. 991 y 100, anexo 1):

Realizado el estudio del expediente, se determinó que efectivamente se declaró la caducidad del contrato en mención y el contratista continuó prestando los servicios a la entidad, lo cual se infiere del informe de labores o actividades correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1998, presentado por el señor LUIS EDULFO PEÑA PÉREZ a la Nueve Millonaria (folios 28 y 29 inferior cuaderno n.º 1), el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato 029 del 24 de julio de 1998, suscrita el 31 de diciembre del mismo año por el Gerente de la Lotería de la Nueve Millonaria ELQUIN (sic) ANTONIO CONTENTO SANZ y el contratista LUIS EDULFO PEÑA PÉREZ (folios 34 y 35 inferior cuad. n.º 1) de la certificación proferida por RICARDO SILVA BURGOS, Subgerente Jurídico de la entidad, en la que se hace constar que el citado contratista cumplió con lo estipulado en el objeto del contrato n.º 029-98, hasta el 31 de diciembre de 1998, de acuerdo con el acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato suscrito entre el contratista y la Lotería de la Nueve Millonaria (folio 32 inferior cud n.º 1).

De lo anterior se concluye que pese a que se había declarado la caducidad del contrato, el contratista durante el período de octubre a diciembre de 1998, prestó los servicios a los que el objeto contractual estaba obligado, que de sus actividades realizadas en ese lapso de tiempo, la Lotería de la Nueve Millonaria recibió los beneficios que fueron proyectados a futuro cuando se justificó la necesidad de contratar y el contratista recibió la remuneración correspondiente a las labores realizadas durante el mencionado período, por ende confirmar el fallo de responsabilidad fiscal proferido por la Dirección de Investigaciones Fiscales en contra de ELKIN ANTONIO CONTENTO SANZ (...).

3.4.5. La decisión de responsabilidad fiscal del 21 de julio de 2003 (numeral 3.1.4.2. *supra*) quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 2004 (fl. 122, anexo 1, constancia de la Secretaría Común de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva del 16 de junio de 2004).

3.5. El 25 de junio de 2004, el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República remitió al Dirección de Jurisdicción Coactiva de la misma entidad el título ejecutivo por valor de \$241.280.591, correspondiente al proceso fiscal n.º 232, en el cual se responsabilizó al señor Elkin Antonio Contento Sanz, con el fin de que se adelantara el correspondiente proceso coactivo (fl. 123, anexo 1).

3.5.1. El 23 de julio de 2004, la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República avocó el conocimiento del proceso de jurisdicción coactiva n.º J-1202, iniciado en contra del señor Contenido Sanz por la suma de \$241.280.591, como consecuencia de la responsabilidad fiscal declarada en su contra en el proceso de responsabilidad fiscal n.º 232 (fl. 126, anexo 1).

3.5.2. El 1 de agosto de 2005, la referida Dirección de Jurisdicción Coactiva libró mandamiento de pago en contra del señor Contenido Sanz y en contra de las compañías aseguradoras que expidieron la póliza que amparaba al referido señor por los daños ocasionados a terceros³. El mandamiento fue por la suma de \$241.280.591. Contra esa providencia sólo procedía el recurso de reposición (fls. 147 a 149, anexo 1)⁴.

3.5.3. El 22 de marzo de 2007, mediante la resolución n.º 001, la Dirección de Jurisdicción Coactiva resolvió las excepciones propuestas por los ejecutados y ordenó liquidar el crédito y las costas del proceso. Contra esa providencia únicamente procedía el recurso de reposición (fls. 104 a 115, anexo 3)⁵.

3.5.4. El 14 de marzo de 2008, la pluricitada Dirección llevó a cabo la liquidación del crédito y las costas. El valor de liquidación a cargo del señor Contenido Sanz fue por la suma de \$308.267.454.72, al tiempo que para la compañía de seguros Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. lo fue por \$33.938.986.65 (fls. 281 a 285, anexo 2).

3.5.5. El 17 de septiembre de 2008, la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República declaró terminado el proceso coactivo J-1202 en favor de la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en tanto canceló la totalidad del valor asegurado y que correspondía a la suma liquidada en el proceso coactivo (fl. 328 y 329, anexo 2).

³ Las aseguradoras contra quienes se les extendió el mandamiento de pago fueron Latinoamericana de Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (fl. 148, anexo 1).

⁴ Esa decisión fue confirmada a través del auto n.º 96 del 18 de octubre de 2006 al desatar los recursos de reposición interpuestos por las aseguradoras (fls. 243 a 249, anexo 2).

⁵ La anterior decisión fue confirmada a través de la resolución n.º 020 del 17 de julio de 2007 (fls. 129 a 140, anexo 3). En esta resolución se ordenó seguir adelante con la ejecución del mandamiento de pago sólo en contra del señor Contenido Sanz y la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (fl. 140, anexo 3).

3.5.6. Entre los años de 2009 hasta el 2013, la Directora de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República envió múltiples requerimientos al señor Contenido Sanz para que cancelara la obligación fiscal a su cargo (fls. 360 a 377, anexo 2).

3.5.7. El 22 de junio de 2015, la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República aún adelantaba el proceso de jurisdicción coactiva n.º J-1202 en contra del responsable fiscal arriba referido, toda vez que para esa fecha todavía no se satisfacía la obligación fiscal impuesta en su contra. Para ese momento, la aludida Dirección “se en[contraba] adelantando investigación de bienes de propiedad del deudor ELKIN ANTONIO CONTENIDO SANZ” (fls. 227 y 228, c. ppal, respuesta n.º 2015-EE0075254 del 17 de junio de 2015 del Director de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República al requerimiento realizado por el Despacho sustanciador del presente proceso).

4. Cargo único: el conflicto de intereses como causal pérdida de investidura de congresistas

Para el análisis del único cargo formulado, la Sala se ocupará de precisar su alcance, para después ocuparse del caso concreto.

4.1. El marco normativo del conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura para los congresistas, está contenido inicialmente en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, así:

Los congresistas perderán su investidura:

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

En esa misma dirección, el artículo 182 Superior dispone:

Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

Esas normas han tenido su desarrollo legal en los artículos 286 a 295 de la Ley 5 de 1992. En el primero de los artículos en cita, la ley prescribe:

Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente⁶, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Igualmente, esas normas señalan que en cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados, en el cual los congresistas consignarán la información relacionada con su actividad privada (artículo 287); el término para la inscripción, publicidad y modificación del registro (artículos 288, 289 y 290); la obligación de declararse y comunicar su impedimento (artículos 291 y 292); los efectos del impedimento (artículo 293), y el trámite de las recusaciones y sus efectos (artículos 294 y 295).

De las normas citadas se concluye que el conflicto de intereses se configura: (i) cuando el congresista, o el núcleo de personas que tengan vínculos con este de los establecidos por la ley, (ii) tengan un interés directo, real, no hipotético o aleatorio, (iii) sobre un asunto en el que el primero deba participar en los debates o votaciones respectivas, (iv) sin poner en conocimiento de esa situación a través de un impedimento o sin que hubiere sido recusado.

Frente a esta causal, en reciente providencia, la Sala Plena de esta Corporación reiteró que para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos: "(i) [q]ue exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, (ii) [q]ue el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, (iii) [q]ue el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación, (iv) [q]ue el congresista haya participado en los debates y/o haya votado y (v) [q]ue la participación del congresista se haya

⁶ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009 en el entendido que, en igualdad de condiciones, la expresión también comprende a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

*producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento*⁷.

Establecidas las exigencias para que esta causal se configure, procede la Sala a establecer si están configuradas dentro del presente proceso.

4.2. La participación de la congresista en un asunto que le está confiado constitucional y legalmente

Una de las exigencias de la causal de conflicto de intereses es que exista intervención del congresista en asuntos que por su competencia le corresponde conocer. Al respecto, el pleno de esta Corporación ha señalado que *“el conflicto de interés afecta la posibilidad de participar en toda clase de actuaciones y decisiones donde, en principio, debería actuar el congresista, es decir, que está inhibido para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Esto significa que no puede intervenir en la deliberación ni en la votación de proyectos de ley, de actuaciones judiciales, ni en la adopción de otras decisiones judiciales, electorales o políticas, siempre que lo afecten*⁸.

Por esta razón, ha dicho la Sala *“que el impedimento puede darse por la participación o votación en una decisión o asunto de que conozca el Congreso de la República, sea que se trate de deliberaciones y votaciones relacionadas con proyectos de ley o actos legislativos, o se trate de una decisión trascendental. En efecto, es inequívoco el artículo 291 al señalar que el congresista debe declararse impedido cuando observe que existe un conflicto de intereses para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental*⁹.

En el *sub lite*, se tiene que el inciso 5º del artículo 267 de la Constitución Política le asignó al Congreso de la República en pleno la elección del Contralor General de la República. En esa dirección, está probado en el proceso que la congresista

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2015, exp. 11001-03-15-000-2012-01139-00 (PI-2012-01139 y 2012-01443), M.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 2012, exp. 2010-1325 M.P. Enrique Gil Botero.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 2009, exp. 2008-1367, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

demandada participó y votó en la elección del Contralor General de la República en la Sesión del 19 de agosto de 2014 (numeral 3.1.3. *supra* de esta providencia). En esos términos, la exigencia en estudio está satisfecha.

4.3. La ausencia de declaración de impedimento o recusación

Como lo ha señalado la Sala recientemente¹⁰, el régimen de impedimentos y recusaciones de los congresistas constituye un desarrollo del principio de imparcialidad y una protección a la garantía de la igualdad. Los impedimentos, para lo que interesa al presente asunto, corresponden a la manifestación que realiza directamente el parlamentario, de manera espontánea y por mandato constitucional o legal, al advertir que se encuentra incurso en alguna de las circunstancias previstas para el efecto por el ordenamiento vigente.

En el *sub lite*, está probado que la congresista demandada no manifestó su impedimento ni tampoco fue recusada para participar y votar en la elección de Contralor General de la República, llevada a cabo el 19 de agosto de 2014, en la cual efectivamente participó y votó.

Así las cosas, la exigencia en estudio también se encuentra cumplida.

4.4. La existencia de un interés directo, particular, actual y real: moral o económico

En cuanto al alcance del interés que exige la norma para que el congresista incurra en la causal de conflicto de intereses, la Corporación ha señalado¹¹:

Tal categoría implica, necesariamente, la realización de una práctica concreta desarrollada por un sujeto en un ámbito específico que se convierte en parámetro de referencia para analizar si se presenta conflicto con un sistema de valores que le exigía proceder de diferente manera, mismo que tal persona habría desatendido por anteponer sus preferencias personales a las necesidades colectivas que impregnan al Estado Social de Derecho, toda vez que este se funda en la

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, exp. 11001-03-15-000-2011-01559-00(PI), M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, exp. 11001-03-15-000-2011-01559-00(PI), M.P. Hernán Andrade Rincón.

prevalencia del interés general sobre el particular y guía al actuar de todos los servidores públicos.

Descendiendo al plano de la jurisprudencia de la Sala, se tiene que esta ha explicado que tal concepto debe ser entendido como “una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen”¹² e, igualmente, como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto”¹³.

En relación con las características que debe poseer el referido interés, la Sala ha precisado que este será directo, lo cual significa que debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse por parte del parlamentario, sin intermediación alguna¹⁴, en el entendido que esa connotación se puede predicar “para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992”¹⁵.

Adicionalmente, se ha precisado que el interés debe ser “particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración”¹⁶ e, igualmente, debe ser real, no hipotético o aleatorio, lo cual hace suponer “que el acto jurídico resultante de la concurrencia de la voluntad de los congresistas, tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal”¹⁷.

De lo expuesto, es posible concluir que el interés exigido debe tener tal entidad que lleve al congresista a incurrir en un ejercicio parcializado y no transparente de sus funciones, es decir, a una actuación no signada por la correcta prestación de la función pública y la prevalencia del interés social, sino por sus propios beneficios.

¹² Cita original: sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

¹³ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia del 17 de octubre de 2000. C. P. Mario Almarío Méndez. Expediente No. AC-1116.

¹⁴ Cita original: sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1991, exp. AC-1433, C.P. Dr. Diego Younes Moreno.

¹⁵ Cita original: sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. C.P. Delio Gómez Leyva.

¹⁶ Cita original: sentencia proferida el 23 de marzo de 2010; expediente PI 000198-00; C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas B.

¹⁷ Cita original: sentencia PI 0584 00 del 9 de noviembre de 2004. Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

En tal sentido, se ha exigido que el interés debe ser **directo**, esto es, que surja automáticamente del cumplimiento de la función parlamentaria; asimismo, debe ser **particular** o, en otras palabras, radicar en cabeza del congresista o de las personas que tienen vínculos con este; **actual**, es decir, precedente y concurrente con el cumplimiento de las funciones por parte del parlamentario; **moral o económico**, lo cual pone de manifiesto que no está circunscrito al ámbito estrictamente monetario, y, por último, debe ser **real**, no hipotético o eventual.

En el *sub lite* está probado que el 19 de agosto de 2014, cuando la congresista demandada participó y votó en el acto de elección de Contralor General de la República, sin manifestar impedimento o ser recusada, ya estaba ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal en contra de su hermano y sólo quedaba pendiente el cobro de la condena impuesta en contra de este último. En efecto, la ejecutoria del fallo fiscal se produjo el 26 de mayo de 2004, es decir, diez años antes de que se realizara la elección precitada.

Por lo anterior, es oportuno dilucidar si el hecho de que aún se encontrara pendiente el cobro de una sanción fiscal en contra del hermano de la demandada, era motivo suficiente para encontrarse impedida para participar y votar en el proceso de elección de Contralor General de la República, como en efecto lo hizo. Según la demanda, el hecho de que la congresista votara en la referida elección llevaba consigo automáticamente un provecho para su hermano, el de influenciar con su voto la suerte del proceso fiscal seguido en contra de su familiar cercano.

Para resolver lo expuesto, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

4.4.1. Del proceso de responsabilidad fiscal y el cobro coactivo en la Ley 610 de 2000¹⁸

¹⁸ Las normas que se citan a continuación entre paréntesis corresponden a la Ley 610 de 2000. Vale advertir que los artículos 97 a 130 de la Ley 1474 de 2011 introdujeron reformas a la primera ley en cita; sin embargo, las mismas no resultan aplicables al proceso de responsabilidad en estudio, en tanto este finalizó antes de la entrada en vigencia de esta norma. En efecto, la decisión que finalizó el proceso de responsabilidad fiscal quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 2004 (fl. 122, anexo 1, constancia de la Secretaría Común de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva del 16 de junio de 2004).

El proceso de responsabilidad fiscal se define legalmente como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa¹⁹ un daño al patrimonio del Estado (artículo 1).

Ahora bien, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (artículo 3).

En esos términos, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, para lo cual en cada caso se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículo 4).

El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse por diversas circunstancias: (i) de oficio, (ii) como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, (iii) por la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o (iv) por las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas

¹⁹ En la sentencia C-619 de 2002, la Corte Constitucional al declarar inexecutable el parágrafo 2º del artículo 3 y la expresión “leve” del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, precisó que la culpa debía de ser grave, al igual que en los procesos judiciales de responsabilidad frente al servidor público cuando se lo llama en garantía o se repite en contra de él a través de la acción de repetición.

(como lo establecía la Ley 563 de 2000²⁰, y hoy las Leyes 850 de 2013²¹ y 1757 de 2015) (artículo 8).

Dicho proceso está sujeto a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, al igual que a los principios desarrollados en el Código Contencioso Administrativo, y hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 2). De la misma forma, es posible pedir pruebas, formular recusaciones y nulidades procesales (artículos 22 a 38). El procedimiento será el descrito a continuación, en los términos de la Ley 610 de 2000.

Iniciado el proceso de responsabilidad fiscal, en la forma señalada en el artículo 8 de la Ley 610 de 2000, se procederá a abrir una indagación preliminar por el término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, con el fin de verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el presunto detrimento o intervenido o contribuido a él (artículo 39)²².

Cuando de la indagación preliminar o de la queja o del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso, con el fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción. Contra este auto no procede recurso alguno (artículo 40).

²⁰ Esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-1338 de 2000.

²¹ Mediante sentencia [C-292](#) del 8 de abril de 2003, la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo [153](#) de la Constitución Política, revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 22 de 2001 del Senado de la República y 149/01 de la Cámara de Representantes, que se convirtió en la Ley 850 de 2013. Esa ley fue modificada por la Ley 1757 de 2015.

²² Actualmente, se procedería así, salvo que se den los presupuestos para adelantar un procedimiento verbal, contenidos en el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, esto es, que se “*determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación*”.

Si se identificaron a los presuntos responsables, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si no se lo ha escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado (artículo 42). En el último evento, se le nombrará un apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso (artículo 43). Igualmente, cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable (artículo 44).

El término para adelantar las gestiones descritas en el párrafo precedente es de tres meses, prorrogables hasta por dos meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado (artículo 45). Vencido ese término, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso (artículo 46).

El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal del o de los implicados (artículo 48). Esa providencia deberá notificarse en la forma indicada en el artículo 49 de la Ley 610 de 2000²³, e, igualmente, se les correrá traslado a los implicados en los términos del artículo 50²⁴, vencido el cual se practicarán las pruebas correspondientes (artículo 51). Agotada la etapa probatoria se proferirá fallo, según lo disponen los

²³ Dicha norma prescribe: “Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43”.

²⁴ Esa disposición señala: “Traslado. Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. Durante este término el expediente permanecerá disponible en la Secretaría”.

artículos 52²⁵ y 53²⁶ de la citada ley. Esta decisión quedará ejecutoriada (i) cuando contra ella no proceda ningún recurso, (ii) o cinco (5) días hábiles después de la última notificación, siempre que no se interpongan los recursos o se renuncie expresamente a ellos, (iii) o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 56).

Asimismo, una vez en firme el fallo que declara la responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías (artículo 58); la firmeza de esa decisión también dará lugar a la posibilidad de demandarlo a través de la acción ordinaria ante esta jurisdicción (artículo 59).

En lo que respecta al cobro coactivo, la normatividad aplicable estaba contenida en la Ley 42 de 1993, artículos 90 a 98, que no fueron derogados por la Ley 610 de 2000, en tanto las derogatorias de esta última ley frente a la primera se redujeron a los artículos 72 a 89 (artículo 68²⁷)²⁸.

²⁵ La norma en comento es del siguiente tenor literal: *“Término para proferir fallo. Vencido el término de traslado y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días”*.

²⁶ El citado artículo prescribe: *“Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes”*. El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-619 de 2002.

²⁷ Dicha norma dispuso: *“DEROGATORIA. Deróganse los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 de la Ley 42 de 1993”*. Para cuando quedó en firme el mandamiento de pago, el 20 de noviembre de 2006 (fl. 270, anexo 2), con la notificación del auto n.º 96 del 18 de octubre del mismo año, que confirmó el referido mandamiento al resolver los recursos de reposición interpuestos por las aseguradoras (fls. 243 a 249, c. 3), la Ley 1066 de 2006, que en su artículo 5 unificó el procedimiento coactivo de las entidades públicas al remitirlo al Estatuto Tributario, todavía no entraba en vigencia.

²⁸ La Ley 1066 de 2006 rige desde su publicación el 29 de julio de 2006 (Diario Oficial n.º 46.344). En su artículo 5 ordenó que *“[l]as entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen*

Finalmente, en los aspectos no previstos en la Ley 610 de 2000 se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (hoy Ley 1437 de 2011), el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso) y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal (artículo 66).

4.4.2. Del caso en concreto

Conviene recordar que lo que aquí se cuestiona en la demanda es que el hecho de encontrarse pendiente el pago de una condena fiscal por parte del hermano de la demandada era motivo suficiente para constituir un interés que le impedía votar en el proceso de elección de Contralor General de la República, como en efecto lo hizo. Según el actor, el que la congresista votara en la referida elección llevaba consigo automáticamente un provecho para su hermano, el de influenciar con su voto la suerte del proceso fiscal seguido en contra de su familiar.

La Sala considera que ese cuestionamiento no está llamado a prosperar por las razones que pasan a explicarse:

4.4.2.1. De entrada es preciso advertir que el 26 de mayo de 2004 quedó ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal proferido en contra del señor Contenido Sanz, hermano de la demandada. En esos términos, difícilmente podría sostenerse que para el 19 de agosto de 2014, cuando se llevó a cabo la referida elección en cuestión, la parlamentaria tuviera un interés **actual** en la elección del Contralor General de la República, toda vez que para esta última fecha la responsabilidad fiscal de su hermano ya estaba definida.

En otras palabras, la decisión definitiva del proceso fiscal ya se había adoptado y en firme para cuando la elección de Contralor General de la República aquí cuestionado se llevó a cabo, sin que hasta la fecha exista prueba que desvirtúe esa firmeza, razón por la cual cualquier cuestionamiento sobre la misma es una mera especulación, no es **real**. Una interpretación en contrario conllevaría a considerar que los parlamentarios que tuvieran familiares sancionados por los

jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario”.

órganos de control con decisiones en firme estarían impedidos para participar en la referida elección, cuando lo cierto es que jurisprudencialmente se exige del interés su actualidad y certeza para constituya un conflicto de intereses.

En esa dirección, precisa recordar que el proceso de responsabilidad fiscal comporta dos procedimientos administrativos diferentes: uno, en el que se define la responsabilidad del implicado y, otro, que se concreta en el cobro coactivo del título ejecutivo que comporta el fallo que declara la responsabilidad fiscal.

La Sección Primera de esta Corporación, al definir la posibilidad de acumular en una misma demanda las pretensiones de nulidad del fallo de responsabilidad fiscal y del de cobro coactivo, sostuvo su improcedibilidad, en tanto se tratan de actuaciones autónomas e independientes. Al respecto, dicha Sección ha precisado²⁹:

En virtud de lo anterior, es claro para la Sala, que no es posible que en una sola demanda se pretenda la nulidad de actuaciones surtidas en dos procedimientos administrativos diferentes, por cuanto, aunque a través del juicio coactivo se busque el pago de obligaciones surgidas en un juicio fiscal, lo cierto es que el primero es totalmente autónomo e independiente, tan así es, que el Decreto 2288 de 7 de octubre de 1989, “Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, al establecer las competencias de esta jurisdicción, otorgó a secciones diferentes el conocimiento de los asuntos coactivos³⁰ y de los asuntos de índole fiscal.

Es evidente entonces, que los mencionados procedimientos de cobro a favor del Estado, no se encuentran sujetos a las investigaciones previas (verbigracia, tributarias, fiscales y/o arancelarias), para proceder con su respectiva recaudación, pues solo se requiere que el acto administrativo que contiene la obligación, que es clara, expresa y exigible, esté en firme para ser ejecutado³¹.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 9 de febrero de 2012, exp. 25000-23-24-0002010-00130-01, M.P. María Elizabeth García González. En el mismo sentido, la referida Sección, en sentencia del 3 de noviembre de 2005, exp. 25000-23-24-000-1999-00396-01, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, reiteró: “De modo que por la separación que claramente hace la ley de las dos etapas para efectos de su control de legalidad: la de formación del acto administrativo constitutivo del título ejecutivo, y la del cobro coactivo de dicho título, no es procedente plantear cuestiones y pretensiones relativas a una en un proceso donde se debata o juzgue la otra”.

³⁰ Cita original: Artículo 18 del Decreto 2288 de 1989, asignó a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el conocimiento de los procesos coactivos.

³¹ Cita original: La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto ibídem, señaló: “De conformidad con lo previsto en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo los actos administrativos serán obligatorios y suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios

Por consiguiente, como ya se dijo, al ser diferente, autónoma e independiente la actuación coactiva de la fiscal, encuentra la Sala acertada la decisión de la Sección Primera Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando estudió la admisibilidad de la demanda, sólo frente a los actos administrativos que declararon fiscalmente responsable al actor.

En esa línea, el artículo 58 de la Ley 610 de 2000³² prescribe que el fallo de responsabilidad fiscal en firme³³ presta mérito ejecutivo y se podrá cobrar a través de jurisdicción coactiva. Además, es oportuno realizar una precisión importante consistente en que la judicialización para controvertir la legalidad de dicha decisión, no impide su ejecución, lo cual pone de presente la intención del legislador de intensificar el efecto de ejecutoriedad del fallo de responsabilidad fiscal. En esta misma dirección, la Corporación, en función consultiva, ha precisado³⁴:

De lo anterior, se derivan varias consecuencias relevantes para el caso analizado y que efectivamente difieren de la regulación contenida en el

para su cumplimiento. La firmeza de los actos es indispensable para su ejecución contra la voluntad de los interesados. // Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995, señaló: "La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual. // (...) el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir". // En esta sentencia y como antecedente la Corte citó una providencia del Consejo de Estado sobre la materia: "El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. De tal manera, se tiene que los actos administrativos contentivos de obligaciones a favor del Estado son exigibles a partir de su notificación al deudor por la vía del cobro coactivo con el fin de hacer efectivo el derecho que en ellos se consagra".

³² Dicha norma es del siguiente tenor literal: "Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías".

³³ Huelga recordar que el fallo de responsabilidad fiscal queda en firme: (i) cuando contra él no proceda ningún recurso, (ii) o cinco (5) días hábiles después de la última notificación, siempre que no se interpongan los recursos o se renuncie expresamente a ellos, (iii) o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 56 de la Ley 610 de 2000).

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de diciembre de 2009, rad. 1882 A, M.P. William Zambrano Cetina.

Estatuto Tributario. Primero, que la ejecutoria del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal no se sujeta al resultado del proceso de nulidad que contra dicho acto se pueda adelantar por el afectado ante la jurisdicción contencioso administrativa; segundo y consecuencia de lo anterior, que el proceso de jurisdicción coactiva puede iniciarse y dar lugar a medidas cautelares indistintamente de la demanda del acto administrativo en que se apoya, sin perjuicio, claro está, de la suspensión por prejudicialidad que se pueda derivar de dicha circunstancia; tercero, que para hacer efectivo el recaudo de las sumas debidas como consecuencia del proceso de responsabilidad se da un fenómeno de inescindibilidad o comunicabilidad de medidas cautelares, en virtud del cual aquéllas practicadas en el proceso de responsabilidad fiscal se mantendrán durante el proceso de cobro coactivo y no podrán levantarse hasta que se aporte garantía suficiente por la totalidad del valor adeudado más los intereses moratorios; cuarto, que consecuencia de todo lo anterior, en el proceso de jurisdicción coactiva seguido con base en un acto declarativo de responsabilidad fiscal no cabría la excepción fundada en la demanda jurisdiccional del respectivo acto, ni dicha circunstancia daría lugar a la terminación del proceso ni al levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

Así, cuando se trata de la responsabilidad fiscal, el legislador, por voluntad del constituyente, ha intensificado los instrumentos de ejecución, incluso por encima de los estándares previstos en materia tributaria, ahora aplicables a la generalidad de obligaciones a favor del Estado.

En suma, el hecho de que la ejecutoria del fallo de responsabilidad fiscal dictado en contra del hermano de la congresista demandada se verificara años antes de que se llevara a cabo el proceso de elección cuestionado, impide predicar la existencia de un interés actual y real que constituyera un conflicto de intereses para cumplir con la función electoral confiado constitucionalmente a la parlamentaria.

4.4.2.2. Ahora bien, como quiera que el proceso fiscal se encontraba en cobro coactivo para el momento en que se llevó a cabo el proceso de elección precitado, es oportuno señalar que dentro de la estructura orgánica de la Contraloría General de la República existe una distribución de competencias y el agotamiento de unas instancias para que el Contralor General de la República pueda conocer de ese tipo de asuntos.

En tal sentido, se tiene que el artículo 91 de la Ley 42 de 1993, el cual no fue derogado expresamente por la Ley 610 de 2000³⁵, dispuso que los “contralores

³⁵ En efecto, el artículo 68 de la Ley 610 de 2000 dispuso: “DEROGATORIA. Deróganse los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 de la Ley 42 de 1993”.

para exigir el cobro coactivo de las deudas fiscales podrán delegar el ejercicio de esta atribución en la dependencia que de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad se cree para este efecto”.

Así las cosas, en el *sub lite* está probado que el mandamiento de pago del 1 de agosto de 2005, dentro del proceso coactivo seguido en contra del señor Elkin Antonio Contento Sanz (fls. 147 a 149, anexo 1), fue librado por la Dirección de Jurisdicción Coactiva, decisión frente a la cual solamente procedía el recurso de reposición. En esa dirección, el inciso segundo del artículo 4 de la Resolución n.º 5499 del 4 de julio de 2003³⁶, expedida por el Contralor General de la República³⁷, vigente para la fecha en que se inició el proceso de responsabilidad fiscal y el cobro coactivo³⁸, dispuso *“que el mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente lo será en el efecto suspensivo; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido, de conformidad con lo previsto en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil”.*

Igualmente, el auto por medio del cual la referida Dirección de Jurisdicción Coactiva decidió las excepciones tenía el mismo recurso (fls. 34 a 45, anexo 3). En efecto, la Resolución n.º 5499 de 2003 citada, en su artículo 7, señaló que el *“trámite de las excepciones deberá surtirse en cuaderno separado, y de conformidad con lo señalado en el artículo 93 de la Ley 42 de 1993”.* El artículo 93 de la ley al que refiere la resolución en cita, dispuso en su numeral 5 que si *“las excepciones no prosperan, o prosperan parcialmente, la providencia ordenará*

³⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 45.279 del 14 de agosto de 2003.

³⁷ Aunque la resolución no obra en el expediente, la Sala considera admisible su valoración, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 que admite como medios de pruebas los mensajes de datos, entendidos como *“la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos”* y, además, se trata de un acto general expedido por una autoridad del orden nacional. Similar criterio ha sido aplicado antes por el pleno de la Sección Tercera y las Subsecciones B y C de la misma Sección, como una forma de propender por la utilización de las nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales. Al respecto, ver la sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 26.690 y el auto de 6 de diciembre de 2012, exp. 45.679, ambos con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio y la del 27 de marzo de 2014, exp. 27364, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Puede ser consultada: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_contraloria_rg346694.htm. Página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³⁸ La resolución en comentario fue derogada por la Resolución n.º 5844 del 17 de abril de 2007, disposición que no resulta aplicable, en tanto el mandamiento de pago se libró el 1 de agosto de 2005 (fls. 147 a 149, anexo 1).

llevar adelante la ejecución en la forma que corresponda. Contra esta providencia procede únicamente el recurso de reposición”.

Finalmente, la sentencia dictada dentro del proceso coactivo tampoco tenía recurso de alzada, tal como lo disponía el artículo 8 de la pluricitada Resolución n.º 5499 de 2003 al señalar que si *“no se propusieren excepciones oportunamente, el funcionario ejecutor, a través de sentencia ordenará el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicará la liquidación del crédito, y condenará en costas al ejecutado. // La sentencia se notificará por estado y contra la misma no procede recurso de apelación”.*

Finalmente, el artículo 98 de la Ley 42 de 1993 prescribe que, dentro del proceso coactivo, *“las acciones revocatorias se tramitarán ante el juez civil del circuito del domicilio del responsable fiscal, por el trámite del proceso verbal que regula el Código de Procedimiento Civil, el cual no suspenderá ni afectará el curso y cumplimiento del proceso por jurisdicción coactiva”.*

Lo expuesto deja entrever que ni siquiera por control jerárquico el asunto era de conocimiento del Contralor General de la República.

4.4.2.3. Es preciso señalar que aun cuando el escenario descrito en la demanda supone un interés hipotético que bien puede presentarse, las pruebas del plenario no permiten trasladarlo más allá del campo de las suposiciones. En efecto, no existen pruebas que permitan determinar que entre la electora y el elegido existió un acuerdo para favorecer al hermano de la primera; tampoco se cuenta con indicios que apunten a la realización de ese tipo de arreglos. Por el contrario, el hecho de que la votación fuera secreta, tal como lo imponía el literal a) del artículo 3 de la Ley 1431 de 2011³⁹, norma que modificó el artículo 131 de la Ley 5 de 1992, impide conocer si efectivamente la demandada votó por quien fue electo.

³⁹ El artículo en comento dispuso: *“Votación secreta. No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes. // Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos: // a) Cuando se deba hacer elección”.* Esa norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-1017 del 28 de noviembre de 2012, expediente D-9102, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el *“entendido que el voto secreto no se aplica a casos en que por mandato constitucional y legal, se impone a*

4.4.2.4. Tampoco puede existir reproche a la demandada por no manifestar su impedimento, cuando se observa que no existían razones fundadas para pensar que podía estar incurso en una situación que le impidiera votar en la consabida elección.

En tal sentido, la Sala ha precisado que el *“artículo 181 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que un congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurso efectivamente en un conflicto de intereses. Para que pueda deducirse la responsabilidad jurídica disciplinaria que implique la máxima sanción, esto es, la pérdida de investidura, es necesario que en la sentencia se pueda establecer que ocurrió la violación del régimen del conflicto de intereses en cuanto que el Congresista votó anteponiendo intereses personales a los intereses públicos y no solamente que el Congresista no se haya declarado impedido”*⁴⁰.

4.4.2.5. Por último, en una decisión reciente la Sala tuvo la oportunidad de estudiar una demanda de pérdida de investidura de un congresista que para el momento de la misma elección del Contralor General de la República que aquí se cuestiona, tenía una investigación fiscal en su contra, aunque de forma preliminar y con la diferencia de que en esa ocasión sí se declaró impedido, pero la corporación legislativa no le aceptó el impedimento. Al respecto, la Sala dijo lo siguiente⁴¹:

La investigación fiscal de la cual es sujeto Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, es incipiente y puede de acuerdo a su curso, llegar a diversas conclusiones según los artículos 46 a 54 de la Ley 610 de 2000, vale decir, que puede terminar con un fallo con o sin responsabilidad fiscal, un auto de archivo o en el peor de los casos en prescripción; lo que quiere decir, que el conocimiento de una segunda instancia por parte del Contralor General, es incierto o eventual.

los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, la obligación de postular candidatos, en cuyo caso la votación deber ser pública y nominal”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, exp. 11001-03-15-000-2009-00198-00, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2015, exp. 11001-03-15-000-2014-03169-00, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Ahora bien, en el hipotético caso de que el Contralor General conociera por competencia el proceso de responsabilidad contra el aquí accionado, el beneficio o provecho por participar y/o votar en su elección, no es directo ni autónomo, como tampoco inmediato, porque para su intervención es necesario que se produzcan varios actos anteriores por parte de otro u otros funcionarios, quienes primeramente deben definir la responsabilidad fiscal del investigado, teniendo en cuenta diversas actuaciones que se soportan en hechos, pruebas y presupuestos legales para llegar a proferir una providencia favorable o desfavorable, vale decir, que no depende de la voluntad o de los intereses del servidor público, sino de lo que se demuestre en el proceso. Idéntico proceso volitivo debe seguir el Contralor General si finalmente debe resolver la alzada contra una decisión desfavorable para el investigado, quien también debe ceñirse a lo probado y a las normas que regulan la materia, lo que significa que su actuación es reglada y no libre y discrecional.

Al marco legal de sujeción, se suma que el voto para la elección del alto funcionario fue secreto, lo que indica que no hay certeza de si el representante Carrillo Mendoza votó finalmente por quien fue electo.

Todo lo dicho indica que para el surgimiento indefectible del interés directo, tendría que demostrarse un compromiso personal entre las dos partes-elector y elegido- que evidenciara un resultado positivo a sus intereses, circunstancia que llevaría sin duda a la desinvestidura solicitada, pero que no es el caso concreto por ausencia total de prueba.

En complemento del argumento desestimatorio como sostuvo la Sala Plena⁴², existe una obligación constitucional del representante en tanto miembro del Congreso de la República que es, para elegir al Contralor General, lo cual consulta el interés general al cual está obligado a responder, que sumado a la autonomía funcional de ese dignatario respecto del cuerpo colegiado solo se comporta como su nominador y controlador político, pero nunca como “una especie de instancia directiva de los destinos...” de la Contraloría General de la República, porque no es un “...agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República”⁴³, análisis que le confiere a la Sala, como se dijo, la certeza de que no existió un interés directo, particular y actual, ni tampoco un beneficio real y autónomo, por parte del representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza al participar en la elección del Contralor General de la República, respondiendo así a las preguntas delineadas al inicio de este capítulo (se destaca).

Igualmente, en otro asunto donde un parlamentario era investigado y aún no se adoptaban decisiones de fondo, como ocurre cuando se adelantan indagaciones preliminares por parte de los órganos de control, la Sala ha señalado que la obligación constitucional del congresista de cumplir con la función electoral, en este caso en particular, del Contralor General de la República, es una función de

⁴² Cita original: Radicado número 11001-03-15-000-2009-00198-00, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁴³ Cita original: *Ídem*.

la cual excepcionalmente puede sustraerse. Igualmente, ha precisado que la autonomía funcional del cargo objeto de la elección, en tanto no existe una relación de dependencia con el órgano elector, que si bien es su nominador y controlador político, no funge como instancia de sus decisiones ni es parte orgánica del Congreso de la República, es una razón más que impide la configuración de un interés directo, particular, actual, ni tampoco un beneficio real y autónomo. Así lo sostenido la Sala Plena⁴⁴:

De conformidad con los artículos 275 y 279 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación es un organismo de control de tipo autónomo cuyas funciones, como las de cualquier órgano público, devienen de la Constitución y de la ley, máxime las de los órganos directamente prescritos por la Constitución. Si bien el artículo 276 de la Constitución le atribuye al Senado la competencia para elegir al Jefe del Ministerio Público, esto es, al Procurador General de la Nación, este alto dignatario del Estado no es un agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República. Tampoco puede plantearse que el cuerpo de senadores resulte ser una especie de instancia directiva de los destinos de la Procuraduría General de la Nación. Se trata de una función constitucional que resulta de la colaboración armónica que existe entre los distintos poderes públicos tanto que el Senado de la República escoge a quien deba ser Procurador General de la Nación de una terna formada por candidatos designados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En la función constitucional de escoger al candidato de la terna formada para el destino público de Procurador General de la Nación va envuelto el interés general de escoger al mejor aspirante para así asegurar un correcto y adecuado funcionamiento de ese órgano de control. Como el Procurador General de la Nación representa al Ministerio Público, que es una expresión democrática de los controles jurídicos que puede instituir el constituyente sobre cualquiera de las actividades del Estado y de la misma sociedad, no hay duda de que en el proceso de elección de este alto funcionario están involucrados intereses que le competen a toda la nación.

Ahora bien, a cada senador, en particular, atendiendo el deber de decidir siempre en pos del bien común, le corresponde escoger a quien en su fuero interno estime como el mejor candidato para ocupar ese cargo. De ese modo, resulta que los intereses involucrados en esa función no coliden, no se enfrentan. Aún si pesaran sobre los senadores ciertas investigaciones disciplinarias a cargo del órgano, no

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 23 de marzo de 2010, exp. 11001-03-15-000-2009-00198-00, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. En esa oportunidad, también se solicitó la pérdida de investidura de un congresista que participó en la elección del Procurador General de la Nación, cuando aquél se encontraba investigado disciplinariamente por la entidad para la cual se adelantaba la elección del mencionado funcionario.

por esa sola circunstancia estarían impedidos o inhabilitados para elegir al Procurador puesto que este funcionario no resulta ser un agente subordinado ni del Senado ni de cada senador en particular. Así lo ha visto el Congreso al no aceptar los impedimentos de los congresistas que han querido apartarse del proceso de designación de Procurador General de la Nación por tener ellos investigaciones disciplinarias pendientes⁴⁵.

Cree la Sala que no porque el escogido por un órgano colegiado deba atender luego funciones que le interesan a ese órgano, los miembros de ese cuerpo quedan a priori impedidos para hacer la elección, pues esa deducción haría imposible el cumplimiento de la misión o de la función propia del órgano con capacidad de elegir y pondría en entredicho por adelantado la idoneidad moral del elegido. La vocación del Senado de la República, para lo que interesa a este caso, es elegir al Procurador General de la Nación con la intervención natural y obvia de todos los Senadores, salvo muy específicas excepciones. De suponer que cualquier circunstancia podría constituir un impedimento para que los congresistas cumplan esa función, conduciría definitivamente a crear un marco en el que la función constitucional de nombrar al Procurador no se pudiera ejercer⁴⁶ (se destaca).

⁴⁵ Cita original: En el estudio que hizo la Comisión Accidental para analizar los impedimentos declarados por los congresistas en el 2004, estudio que fue luego tenido en cuenta sustentar (sic) la no aceptación de los impedimentos declarados en el año 2008, la Comisión fue del parecer de que “los impedimentos tendrían que aceptarse siempre que los congresistas hubieran sido ya notificados de una formulación de cargos y rechazarse los aducidos por quienes solamente están siendo investigados, es decir, quienes tengan procesos que se encuentren en indagación preliminar o en indagación disciplinaria, que son las dos etapas iniciales del proceso disciplinario”.

⁴⁶ Cita original: Existen variados ejemplos en los que órganos colegiados deben, en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, elegir o escoger agentes estatales para que asuman tareas propias de la entidad o de la corporación a la que pertenece el órgano directivo o tareas o funciones de otros órganos y ese escenario no debe implicar necesariamente el impedimento de los miembros del cuerpo colegiado por el hecho de que posteriormente el elegido deba definir cuestiones o asuntos en los que tendrían un interés esos mismos miembros, interés que no puede mirarse como un interés particular y directo, a la manera de una ventaja que haya que defender, sino como un interés institucional. Dígase el caso del propio Congreso de la República que en virtud del artículo 46 de la Ley 5 debe elegir tanto el Secretario General del Senado como el Secretario General de la Cámara de Representantes. Comúnmente esos funcionarios están a cargo de tareas y funciones propias de la organización del Congreso en la que cada congresista puede tener un interés personal de mayor o menor medida y no por eso estarían impedidos los congresistas para elegir al Secretario General. El Vicepresidente de la República, en caso de falta absoluta, también es elegido por el Congreso, según el artículo 20 de la Ley 5. En escoger este funcionario habría un interés en cada uno de los congresistas que no choca, en principio, con el interés general. De no ser así y de interpretar que cualquier inclinación del congresista hacia la candidatura de alguien o cualquier interés *in pectore* sería motivo de impedimento, entonces casi nunca pudiera el órgano cumplir esa función. Lo propio se puede decir de órganos judiciales como cuando los altos tribunales proceden a elegir magistrados y jueces y otros funcionarios judiciales. El hecho de que haya una denuncia contra un alto magistrado, que haya un proceso judicial promovido por los magistrados ante la rama judicial, que haya interés en que el director ejecutivo de la rama judicial satisfaga ciertas carencias y necesidades logísticas en los despachos de los magistrados, en fin, todo eso, no puede significar *a priori* que entonces los altos tribunales no puedan elegir magistrados ni funcionarios judiciales sin que los electores incurran en conflicto de intereses.

De lo anterior se desprende que cuando se trata de investigaciones preliminares no se configura, en principio, un conflicto de intereses, toda vez que aún la decisión de fondo no se ha adoptado. En el caso *sub lite*, si bien podría distinguirse del anterior hipotético, por cuanto no se está ante una investigación preliminar, se arriba a la misma conclusión, toda vez que cuando se realizó la elección ya se había definido la responsabilidad fiscal del hermano de la parlamentaria, es decir, la decisión se encontraba en firme, y, además, orgánicamente, su ejecución no le correspondía al Contralor General de la República y que si bien podía reasumir dicha competencia tampoco está demostrado que así sucedió. Por lo anterior, tampoco se configura un interés real y actual de la demandada en dicha decisión que pueda configurar la causal en estudio.

Asimismo, la participación en los procesos de elección de altos funcionarios es un deber constitucional, al cual sólo excepcionalmente pueden sustraerse los parlamentarios. Además, es preciso tener en cuenta que el Contralor General de la República no es un agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República. Tampoco puede plantearse que el cuerpo de senadores resulte ser una especie de instancia directiva de los destinos de la Contraloría General de la República. Lo anterior significa que *per se* el hecho de que un parlamentario esté investigado no constituye un conflicto de intereses frente a la elección del funcionario del órgano de control que lo investiga él o sus familiares cercanos, sino que deberá analizarse en cada caso concreto.

A modo de conclusión, los fundamentos de la presente decisión se concretan así: (i) la declaratoria de responsabilidad fiscal se encontraba plenamente ejecutoriada antes de la elección; (ii) dentro del proceso coactivo tampoco podía intervenir el Contralor General de la República, en tanto la distribución de esos asuntos se lo impedía; (iii) no es posible afirmar que en efecto la demandada votó en favor del ciudadano que resultó electo, toda vez que el voto es secreto; (iv) en las condiciones expuestas, tampoco puede estructurarse un reproche en contra de la demandada por no declararse impedida, toda vez que no existían razones fundadas para pensar que estaba inmersa en un conflicto de intereses, y, finalmente, (v) los argumentos expuestos han sido recogidos por la Sala en otros asuntos que comparten características similares al aquí en estudio, en tanto no existe un interés actual y real.

En los términos expuestos, la Sala negará la solicitud de pérdida de investidura presentada en contra de la Representante a la Cámara Eida Lucy Contento Sanz.

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

F A L L A

PRIMERO: NEGAR la solicitud de pérdida de investidura formulada por el señor Edwin Gabriel Díaz en contra de la Representante a la Cámara Eida Lucy Contento Sanz, por violación a la causal de conflicto de intereses.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta decisión al Presidente de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada en la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
PRESIDENTE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

ROCÍO ARAUJO OÑATE

HUGO F. BASTIDAS BÁRCENAS

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ B.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ROBERTO A. SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS A. ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – LUCY JEANNETTE BERMUDEZ

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, por cuanto no se demostraron los supuestos probatorios necesarios para acreditar la causal invocada de pérdida de investidura deprecada por el señor Edwin Gabriel Díaz contra la Representante a la Cámara **ELDA LUCY CONTENTO SANZ**, considero importante reiterar, por vía de esta aclaración, mi posición sobre la consideración que la sentencia hiciera respecto del voto secreto como causa que imposibilitaría la configuración del conflicto de intereses.

Se afirma en la sentencia, como una de sus *ratio*, que “*no es posible afirmar que en efecto la demandada votó a favor del ciudadano que resultó electo, toda vez que el voto es secreto*”, disertación frente a la cual manifesté mi divergencia, por cuanto ello no puede afirmarse en términos absolutos, porque lleva al lector al campo de desechar el conflicto de intereses que surge cuando el Congresista, quien si bien no vota, **asiste a conformar el quorum deliberatorio**, al que tampoco debiera concurrir, acrecer o sumar para su composición, dado el interés en conflicto que presenta con alguno o algunos de los temas que se debatirán o con algunas de las elecciones a efectuar y, sin que ello dependa del secreto del voto, pues el quorum deliberatorio es un estadio anterior al decisorio, de tal suerte que en aquel, la reserva o sigilo en la tendencia del votante carece de importancia que cobra toda entidad y relevancia en el decisorio.

Ha sido constante la hermenéutica de la Sala al evaluar que existe conflicto de intereses cuando el Congresista no se retira o mejor permanece en el recinto una vez abierta la sesión e incluso antes de iniciar la votación, diferenciándose claramente la etapa de apertura a las sesiones respectivas que se soporta en el quorum deliberatorio.

Este aspecto al que hago referencia, no es nuevo para el Consejo de Estado, como se advierte claramente de los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos dentro del medio de control de pérdida de investidura, en los que se trata con exactitud el tema y en los cuales apoyo mi divergencia con la consideración, en cita, contenida en el fallo frente a la cual aclaro el voto.

En la sentencia de 29 de mayo de 2012⁴⁷, incluso la pérdida de investidura se declaró por existir conflicto moral de interés cuando habiéndose declarado impedido el congresista y aceptado el impedimento, sin deliberar y votar, permaneció en el recinto cuando se efectuó la votación:

*“... En este supuesto se subsume el caso del Senador Jaime Vargas Suárez quién no se declaró impedido para participar en el debate relacionado con telecomunicaciones **y aunque se abstuvo de deliberar y votar, permaneció en el recinto cuando se realizó la votación en bloque del informe de la Comisión Conciliadora del Proyecto de Ley 680 de 2001, pese a tratarse de un asunto que le generaba réditos personales a raíz de sus inversiones familiares.***

*El Consejo de Estado consideró que sí se configuró un conflicto moral de interés al entender que a la luz del artículo 116 de la Ley 5ª de 1992 asistir al debate contribuye a conformar el quórum y por tanto implica participar. **En este asunto el congresista no hizo parte efectivamente en la deliberación, pero su mera presencia fue eficaz para la concreción del beneficio.**” (destacados fuera de texto).*

En sentencia de 11 de marzo de 2003⁴⁸ se hizo la siguiente consideración atinente a que la falta de declaratoria de impedimento acompaña tanto al aspecto deliberativo -la presencia- como al objeto del decisorio -la concreción del voto-:

*“(...) el demandado estaba impedido de intervenir en el trámite del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 680 de 2001, (...), y al no haber manifestado tal impedimento y, por el contrario, **haber contribuido al quórum para aprobar el informe de la Comisión de Conciliación por no haber demostrado que se retiró del recinto antes de la votación y participado activamente en los debates que se dieron en el seno de la Comisión (...), incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses. ...**”.* (Destacados fuera de texto).

*“El artículo 116 de la Ley 5ª de 1992 prevé que el quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. En consecuencia, **el primer paso para que pueda llevarse a cabo una sesión es la presencia de sus***

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 2010-01329-00, Demandado: Pedrito Tomás Pereira Caballero, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 2002-0519-01 (PI-047), actor: Armando José Peralta Verbel, demandado: Jaime Vargas Suárez. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

miembros, pues sin ella, o no se puede deliberar o no se puede decidir, lo que significa que la asistencia es presupuesto sine qua non de la validez de la deliberación o de la decisión y, desde luego, es una forma de participar en el trámite de los asuntos sometidos a consideración de la Corporación. De ahí que dicha participación con la cual se contribuye a la conformación del quórum y, por ende, a la adopción de la decisión, bien puede considerarse como una participación suficiente para configurar la causal en estudio.

La configuración de la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no solo se presenta cuando el congresista asiste o interviene en las distintas votaciones a través de las cuales se aprueba el proyecto para convertirlo en ley, sino que, conforme se establece claramente en los artículos 286 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 basta al efecto la sola participación en los debates. La regulación legal en tal sentido resulta incontrovertible en ese aspecto.” (negrillas fuera de texto).

En contraste, en casos con fundamento fáctico diferente, en el que el Congresista, sí se retira de la respectiva sesión, se ha optado por denegar la pérdida de investidura, como sucedió cuando el Congresista en quien concurría conflicto de interés -registró su asistencia a plenaria- logró probar que no asistió ni a la discusión ni a la aprobación del proyecto en conflicto. Hago referencia al caso fallado en Sentencia de 1º de abril de 2003⁴⁹.

*“... el congresista en tales circunstancias participe en los debates **así fuere simplemente integrando el quórum de la sesión donde se discuta el respectivo proyecto**, pues por disposición Constitucional, los Congresistas deben poner en conocimiento de la respectiva Cámara, las situaciones de carácter moral o económico que los inhiba para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (C.N. art. 182). El legislador al desarrollar este precepto, les impuso el deber de declararse impedidos para participar en los debates y votaciones, cuando exista interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera....”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En sentencia de 22 de noviembre de 2011⁵⁰, la Sala reiteró que la sola presencia del Congresista en la sesión, configura la causal, pues ello contribuye a la conformación del quorum, así no participe en el debate y votación del asunto de que se trate.

Dijo la Sala en esa oportunidad:

⁴⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 2002-01127-01 (PI-058), demandante: Jorge Iván Cadena, demandado: Jorge Julián Silva Meche, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁵⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 2010-01309-00, demandante: Ángel Custodio Cabrera Báez, demandado: Fernando Augusto Ramírez Guerrero. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

“...Cabe anotar que si bien la jurisprudencia de esta Corporación⁵¹ ha señalado que para que se configure la causal de pérdida de investidura por “violación del régimen del conflicto de intereses”, **basta la sola presencia del congresista en la sesión, quien incurre en ella con la simple contribución a la conformación del quórum así no participe en el debate y votación del asunto de que se trate**, esta tesis se ha referido estrictamente a casos en que lo debatido y/o votado era un proyecto de ley, esto es, hacía referencia al desarrollo de la labor legislativa del parlamentario cuya conducta se reprochaba, cosa que no ocurre en el presente caso....”.

Finalmente en reciente pronunciamiento contenido en el fallo de 8 de marzo de 2016⁵², las consideraciones fueron las siguientes:

“(...) ha sido reiterado el criterio al considerar que *contribuir con el quórum es una forma de participar y constituye causal de pérdida de investidura cuando el Congresista que se encuentra impedido asiste a una sesión donde se debate o se vota un Proyecto de Ley.*

Es de advertir que en este caso la misma consecuencia se aplica al Congresista que estando impedido no lo manifieste (que son las situaciones previamente analizadas) o, **como en este caso, que habiendo manifestado el impedimento, participe contribuyendo al quórum.** Ello, por cuanto, como la Sala lo estudió a fondo en la sentencia de 23 de marzo de 2010⁵³, **lo que determina la causal no es que el Congresista se declare o no impedido, sino que estándolo participe.**

En efecto, en la citada sentencia se sostuvo:

“ ... El artículo 181 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que un congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurso efectivamente en un conflicto de intereses. Para que pueda deducirse la responsabilidad jurídica disciplinaria que implique la máxima sanción, esto es, la pérdida de investidura, es necesario que en la sentencia se pueda establecer que ocurrió la violación del régimen del conflicto de intereses en cuanto que el Congresista votó anteponiendo intereses personales a los intereses públicos y no solamente que el Congresista no se haya declarado impedido. ...”.

⁵¹ Ver sentencias del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del once (11) de marzo de dos mil tres (2003). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047). Actor: Armando José Peralta Verbel cinco (5) de agosto de dos mil tres (2003). Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número 11001-03-15-000-2003-0587-01(PI). Actor: Campo Elías Vega Goyeneche.

⁵² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 2014-00925-00(PI), actor: Fernando Javier Meza Puente y otros, demandado: Eduardo Alfonso Crissien Borrero. C.P. María Elizabeth García González.

⁵³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. 2009-00198-00(PI), actor: Habib Merheg Marun, demandado: Luis Ernesto Correa Pinto. C.P. Hugo Bastidas Bárcenas.

Con base en todo lo anterior, insisto en que el voto secreto no es argumento válido para desvirtuar la incursión en conflicto de interés porque puede ocurrir que el Congresista incurra en éste al conformar el quorum y, por ende, quedar sometido a la pérdida de su investidura parlamentaria.

En los términos anteriores, dejo presentada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala Plena de denegar la pérdida de investidura en el asunto bajo estudio, considero necesario aclarar mi voto en el siguiente sentido:

Al tenor de lo previsto por el artículo 185 de la Constitución Política, *“Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo”*, por ende el ejercicio de la función electoral por parte de los congresistas es una manifestación concreta del principio democrático.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar:⁵⁴ *“El ejercicio de la función electoral por el Congreso de la República permite asegurar la debida composición de otros órganos del Estado y contribuye a brindar de legitimidad democrática a otras instancias del poder público”*.

Por consiguiente, en la providencia debió precisarse que en el hipotético caso de que en el proceso de responsabilidad fiscal el Contralor General de la República conociera del asunto, correspondería a él y no a la parlamentaria manifestar su impedimento, pues esta última por mandato constitucional debe participar en la elección del máximo representante del órgano de control fiscal del Estado.

Cuestión que en todo caso sería hipotética, dado que cuando se produjo la elección del Contralor General de la República, la decisión definitiva del respectivo proceso de responsabilidad fiscal ya estaba en firme y lo que estaba en curso era el cobro coactivo.

⁵⁴ **Corte Constitucional. Sentencia C-1017 del 28 de noviembre de 2012. Referencia expediente D- 9102.**

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – ROCÍO ARAÚJO OÑATE

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁵⁵ y con el respeto acostumbrado por la decisión adoptada por la Sala, procedo a manifestar las razones que motivan la aclaración de voto frente al fallo proferido en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

La mayoría de la Sala decidió acoger la ponencia que propuso negar la solicitud de pérdida de investidura cursada contra Elda Lucy Contento Sanz quien participó en la elección del Contralor General de la República a pesar de que en el momento de la elección (19 de agosto de 2014) cursaba en ese órgano de control un proceso de cobro coactivo⁵⁶ contra su hermano señor Elkin Antonio Contento

⁵⁵ Artículo 129. firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

⁵⁶ De conformidad con certificación allegada al proceso por la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la Nación, el 22 de junio del 2015 se encontraba todavía vigente el proceso de cobro coactivo contra el señor Contento Sanz, dado que no se había satisfecho a dicha fecha la obligación fiscal.

Sanz con ocasión de una decisión de fecha 26 de mayo de 2004 que declaró la responsabilidad fiscal derivada de un detrimento patrimonial que le fue imputable, circunstancia que, según se alegó en la demanda, comportaba la causal de pérdida de investidura *conflicto de intereses*⁵⁷.

La decisión adoptada en este caso por la mayoría de la Sala en lo fundamental se sustentó en el aserto según el cual siendo que el fallo de responsabilidad fiscal quedó ejecutoriado el 26 de mayo de 2004, *“difícilmente podría pensarse que, el 19 de agosto del 2014, cuando se llevó a cabo la elección del Contralor General de la República, se tuviere un interés **actual** en dicha actuación parlamentaria”*.⁵⁸ Para concluir que para el momento en que se llevó a cabo dicha elección el interés no era actual ni real y, por tanto, la causal de pérdida de investidura no se configuró.

Agregó que *“no existe prueba que permita demostrar que entre la demandada y el elegido existía acuerdo para favorecer al hermano de la primera, siendo claro que el literal a) de artículo 3º de la Ley 1431 de 2011, el cual establece votación secreta, impide conocer si efectivamente votó por aquel que resultó electo”*.⁵⁹

Así las cosas, si bien estoy de acuerdo con la decisión de negar la solicitud de pérdida de investidura, considero que se soporta en otra motivación relacionada con:

1. Inexistencia de línea directa de mando o funcional

La razón por la cual no se ha configurado en este caso la causal de pérdida de investidura consiste en la inexistencia de línea directa de mando o funcional entre el elegido (Contralor General de la República) y el funcionario encargado del cobro coactivo en cuestión (Director de Jurisdicción Coactiva). Por lo tanto, el Contralor General no tenía injerencia funcional en ese trámite.

La existencia de un interés real y actual de la congresista y su hermano se hubiera establecido si la estructura de la entidad determinara una línea directa de mando o funcional entre el Contralor y el funcionario encargado del cobro coactivo, que

⁵⁷ Art. 183-1, Constitución Política

⁵⁸ Pág. 22.

⁵⁹ Págs. 27 y 28.

hubiera configurado la causal porque se hubiera probado que la conducta de participar en la elección por parte de la congresista era idónea para favorecer el interés particular de su hermano, consistente en que no se siguiera adelante con el cobro pendiente en su contra, interés de carácter particular que se contrapone en forma clara y directa con el interés general de restablecer el patrimonio público. Estos dos intereses hubieran sido incompatibles, y hubieran sido perfectamente actuales y reales al momento de la aludida elección.

2. Falta de recuperación del valor del detrimento patrimonial

Para determinar la configuración de la causal de pérdida de investidura considero que no es relevante entonces si hubo o no un acuerdo previo para favorecer al hermano de la congresista. Tampoco resulta relevante si la decisión que declaró la responsabilidad fiscal quedó en firme en fecha muy anterior a la elección. Lo relevante que se demuestra con la certificación expedida por la autoridad competente es que hasta 2015 no había sido posible recuperar el dinero correspondiente, que es la finalidad misma del juicio de responsabilidad fiscal y del cobro coactivo y que se refiere al restablecimiento del patrimonio público por cuenta del patrimonio privado de quien ocasionó el detrimento.

Por lo tanto, no se trataba de un proceso finalizado y la decisión en firme no era razón suficiente para descartar el conflicto de intereses.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

Fecha ut supra

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Con el respeto que me generan los fallos adoptados por la Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión adoptada en el *sub lite*. Por los motivos que expresaré enseguida, considero que la acción de pérdida de investidura ha debido prosperar, pues, como lo indicaré a continuación, la causal de conflicto de intereses alegada en la demanda se configuró.

Para desarrollar más ampliamente los motivos de inconformidad con la decisión mayoritaria, observaré el siguiente orden expositivo: **i)** la finalidad del juicio de pérdida de investidura y el carácter constitucional y público de la acción que lo promueve; **ii)** las causales de pérdida de investidura fueron previstas en la Constitución y la ley sobre la base de supuestos objetivos y **iii)** el caso concreto.

1. La finalidad del juicio de pérdida de investidura y el carácter constitucional y público de la acción que lo promueve

La acción pública de pérdida de investidura consignada en la Constitución de 1991 cumple con un fin indudable, a saber: dar respuesta al desprestigio y deslegitimación que caracterizó durante mucho tiempo la institución congresual y devolverle el respeto y la dignidad que le son propios como escenario democrático por antonomasia en un Estado de derecho. Extendida en el tiempo cabe agregar el imperativo dirigido a que la dignidad se conserve y asimismo desterrar las

prácticas indebidas, consideradas como tales por el Constituyente. Debe subrayarse que la institución fue regulada con cuidado en orden a restringir la iniciativa parlamentaria en su diseño e implementación.

Las y los constituyentes de 1991, fueron conscientes de la importancia para la democracia pluralista del Congreso de la República; reconocieron, asimismo, que a esta institución le subyace una triple legitimidad: **a)** por su modo de conformación –elección popular directa–; **b)** por la amplitud con que representa las fuerzas políticas –mayoría y minorías– tanto como **c)** por la manera cómo adopta sus decisiones –mediante la deliberación y el debate crítico, de cara a la opinión pública–.

Con todo, para finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, resultaba evidente el divorcio entre lo que de iure debía ser el Congreso de la República y su desprestigio⁶⁰. Frente al predominio de los vicios que

⁶⁰ Cfr. Oscar ORTÍZ GONZÁLEZ, “El Capitolio incuba suicidio de su legitimidad”, en Semanario Virtual Caja de Herramientas, disponible en la red en el sitio <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0306/articulo03.html> consultado el 5 de agosto de 2016: “[e]n 1989 en Colombia era evidente el divorcio entre Estado y sociedad. Al Capitolio lo caracterizaba una enclenque legitimidad producto de un portafolio de vicios y de debilidad institucional. // Al portafolio de vicios pertenecían el ausentismo parlamentario, el turismo parlamentario, los auxilios parlamentarios, las suplencias con puerta de vaivén, el carrusel de pensiones, la inmunidad o permiso previo por parte de la Corporación para que la Justicia pudiera dar inicio a la investigación contra uno de sus integrantes. Era una zona segura para la impunidad. Por ello, hasta Pablo Escobar acampó en una curul de la Cámara de Representantes. // A la debilidad institucional en eficiencia, eficacia y representatividad había dado lugar el que sesionaran sólo cinco meses al año y el que fuera un Legislador excepcional porque quien expedía las principales leyes era el Ejecutivo, en virtud del Estado de sitio y las repetidas facultades extraordinarias al Presidente, el que no revisara la legislación expedida y el que su control político fuera raquítrico, entre otras razones, porque los congresistas hacían méritos para ser nombrados ministros, embajadores, en fin, pasar a la Casa de Nariño y dejarle la curul a su suplente; el “Frente Nacional” jurídico y cultural extendido que hizo de los partidos clubes excluyentes. // El Congreso no operó como vaso comunicante entre Estado y sociedad para adecuar las instituciones y ponerlas al servicio de los ciudadanos. El Congreso no cerró la brecha entre Estado y sociedad, por el contrario, la amplió. Se convirtió en una capa aislante que desprestigió no sólo al Legislativo, sino al Estado y a la política. Erosionó nuestra democracia. // Por esas razones llegamos a una crisis no de legalidad sino de legitimidad que ningún poder constituido, ni ningún sector organizado pudo solucionar. Ello hizo que el propio pueblo, liderado por un grupo de estudiantes universitarios, se auto convocara para dar la orden que se le preguntara al pueblo sí quería o no convocar una Asamblea Nacional Constituyente como un cuerpo extraordinario en el que sí cupiera toda la realidad nacional que no estaba reflejada en el Capitolio, en ese momento. A esa estrategia la llamamos el plebiscito para el plebiscito. Y al primer plebiscito lo bautizamos con el nombre de ‘La Séptima Papeleta’. // La Asamblea Constituyente se convocó mediante tres plebiscitos con el mandato de fundar la democracia participativa. Por ello no sólo hizo un nuevo reparto de poder dentro de las Ramas y órganos del poder público sino también entre Estado y ciudadanía que se tradujo en el reconocimiento de la soberanía popular. // En ese nuevo reparto y relacionamiento intra Estado, el Congreso fue fortalecido por la Constituyente mediante la extinción de los auxilios, el ausentismo, la inmunidad y las suplencias. Mediante el establecimiento de más tiempo de sesiones y funciones legislativas robustecidas, prevalentes, permanentes. Mediante un control político dotado hasta de moción de censura. Mediante una composición y un sistema de elección renovados. Y mediante la institución de Pérdida de Investidura como un mecanismo que le permitiera impedir que el comportamiento indecoroso de manera grave en lo político o en lo ético de un miembro del Congreso no manchara a toda la Corporación. Es un régimen más exigente que el de un servidor

rodeaban el día a día de la institución parlamentaria, la fragilidad institucional y el debilitamiento de la democracia pluralista resultaban insoslayables. De ahí que uno de los propósitos fundamentales de la Constituyente consistió en devolverle al Congreso de la República la dignidad de la que carecía⁶¹.

Para lograr estos cometidos, se acudió a varios mecanismos, entre ellos, a la pérdida de investidura, en cuanto acción pública que puede ser instaurada por cualquier ciudadano, cuando compruebe que un integrante del parlamento incurrió en alguno de los supuestos expresa, objetiva y taxativamente consignado en el ordenamiento jurídico. A lo que se agregó algo que reviste suma importancia, esto es, los supuestos constitucional y legalmente previstos despojados de subjetividad. Se trataba de dotar las causales de efectividad con el propósito de conseguir el cometido institucional. Mismo que el Constituyente no ha modificado. En consecuencia, sostener que el objetivo fue cumplido o se encuentra pendiente es un balance que por su naturaleza y alcance resulta ajeno a la judicatura.

Quien se presenta como candidato o candidata al Congreso de la República sabe de antemano y, no puede ignorar, que el ejercicio de su función está rodeado de previsiones encaminadas a resguardar la dignidad de la institución. De incurrir en alguna de las causales expresa, objetiva y taxativamente consignadas se dará paso a la pérdida de investidura, vale decir a la muerte política⁶².

público corriente porque los representantes del pueblo no son servidores públicos corrientes. Son, ni más ni menos, que hilo conector entre el pueblo y el Estado, y no podemos permitir que ese hilo se vuelva a reventar. // La Pérdida de Investidura es un termostato ético que ha funcionado tan bien que no ha permitido prosperar iniciativas de cierre o anticipación de elecciones surgidas ante la narco política del proceso 8000, ante el "pomaricazo", ni ante la parapolítica o la farc política debido a que la ciudadanía ha percibido que dichas conductas generan una seria consecuencia de manera relativamente pronta. // La Pérdida de Investidura ha robustecido la legitimidad del Congreso de la República de Colombia".

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

⁶² El juicio de responsabilidad eminentemente objetivo que tiene lugar con ocasión del ejercicio de la acción pública de pérdida de investidura se pone en evidencia cuando se toma nota de los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, comenzando por la sentencia C-319 de 1994 en la que sostuvo –se destaca–: “[e]s frecuente observar cómo a diario se registran casos en que, para diferenciar la acción penal de la disciplinaria, un servidor puede ser procesado penalmente, sin perjuicio de la acción disciplinaria, frente a una supuesta falta o infracción, más aún cuando la Carta Política no exige en parte alguna que previamente a la declaratoria de pérdida de investidura de los Congresistas, de que tratan las causales 4a. y 5a. del artículo 183, se requiera ‘previa sentencia penal condenatoria’. // Además, por cuanto quien conoce de la acción disciplinaria, con plena competencia constitucional, no es el mismo organismo a quien se le ha adscrito la potestad de la sanción penal. // Ello es obvio, pues, lo contrario, conduciría indefectiblemente a que, por el hecho de ser sancionado penalmente por un organismo diferente, tenga otra Corporación judicial (Consejo de Estado) que limitarse a cumplir el proveído que consolida la existencia de un delito, para deducir, además, sin fórmula de juicio, una responsabilidad disciplinaria de pérdida de investidura que acarrearía una doble sanción frente a un mismo hecho, con violación del principio universal NON BIS IN IDEM. // Tal visión recortaría en forma grave la competencia del Consejo de Estado, órgano al cual la Constitución le confiere exclusivamente la competencia de decretar la pérdida de la investidura. Se observa además, que

La acción de pérdida de investidura busca garantizar a los ciudadanos que las personas a quienes ellos han distinguido a través de procesos democráticos como sus representantes, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar fines personales, y para ello el ordenamiento ha establecido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que sirve para trazar con nitidez la diferencia entre el beneficio de carácter público al cual debe servir el funcionario y su interés privado o persona, de manera que su vulneración da lugar a propiciar la imposición de tan grave sanción.

En efecto, esta drástica y ejemplar sanción debe estar precedida de un proceso que cumpla con todas las exigencias que le son propias a la garantía del debido proceso⁶³. Las y los constituyentes confiaron a esta corporación resolver sobre la acción pública de pérdida de investidura de Congresistas, no es del caso entrar a realizar el balance dirigido a establecer si en los años que lleva vigente la Constitución de 1991, las providencias han contribuido a dignificar la institución congresual.

2. Las causales de pérdida de investidura fueron previstas en la Constitución y la ley sobre la base de supuestos objetivos

Las causales de pérdida de investidura fueron previstas en la Constitución y la ley sobre la base de supuestos objetivos que, de estructurarse, relevan al juez de la tarea de indagar más allá de la realización de la conducta. Esto es, la valoración subjetiva encaminada a establecer posibles finalidades, intenciones, maniobras fraudulentas es ajena al juicio de pérdida de investidura. Lo que el juez inquiriere en esa sede es si los supuestos fácticos encajan en o se corresponden objetivamente con los de la causal, sin más, prescindiendo de cualquier valoración de orden subjetivo.

sin la plenitud de atribuciones inherentes al ejercicio de jurisdicción en materia sancionatoria, como son las competencias judiciales de instrucción, de acusación y de juzgamiento, no podría constitucionalmente habersele asignado al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo la competencia de imponer esta sanción, sometiéndola a la existencia de un requisito previo, no previsto en la Carta, como lo es el de la 'previa sentencia penal condenatoria' a que alude la norma acusada. // Agregase a lo anterior que la existencia de estos dos tipos de responsabilidad separables y autónomos es, por lo demás, lo congruente con las razones que inspiraron al Constituyente para consagrar, con los propósitos que ya se mencionaron, un sistema más severo que estuviese a disposición de los ciudadanos, para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de Congresista, alejada de cualquier proceso previo de carácter penal".

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

Tal circunstancia es resultado de la manera exigente y severa como quedó prevista la acción de pérdida de investidura en el texto constitucional, misma que armoniza también con la regulación legislativa que se mantiene sin modificación alguna hasta el día de hoy. Ese nivel tan estricto de exigencia se relaciona con el propósito que el Constituyente buscó obtener el cual, como ya se indicó líneas atrás, no fue otro distinto al de preservar la dignidad congresual. Objetivo que, so pretexto de un mal entendido garantismo, no puede ser soslayado; máxime cuando atribuirse la facultad de modificar la Constitución en ese aspecto, significaría desdibujar el orden institucional hasta el punto de sustituirlo por otro, sin contar con la exigida autorización y legitimidad.

Como se sabe, entre los supuestos objetivos que de presentarse autorizan al juez a decretar la pérdida de investidura, se encuentra el conflicto de intereses. ¿En qué medida preserva la dignidad congresual la prohibición de incurrir en conflicto de intereses? De muchos modos, pero, principalmente, porque se dirige a evitar que los integrantes del Congreso actúen en asuntos en los cuales tengan un interés personal, lo que de suyo y sin necesidad de contradicción, se considera desconocedor de la dignidad congresual.

Si se considera que la Constitución les impone a los parlamentarios el deber de actuar conforme al interés general, se nota de inmediato la trascendencia de la causal y la necesidad de preservar su carácter objetivo. En pocas palabras, la importancia que le dio el Constituyente a la necesidad de preservar la dignidad congresual en cuya base se encuentra también la de garantizar la primacía del interés general sobre los intereses personales de los parlamentarios, deja clara la importancia del carácter objetivo de este supuesto que, de configurarse, da paso a una sanción severa.

Como lastimosamente el conflicto de intereses ha impactado y aun impacta la dignidad de la institución congresual, la demostración de la motivación, además de superflua, puede dar al traste con la medida, una vez probado que se configura la causal. En breve, quien incurre en la causal demuestra la indignidad y al tiempo pierde la confianza depositada y, por ende, la investidura.

Puede ocurrir que, en ocasiones, los intereses personales de los congresistas se crucen objetivamente con aquellos encaminados a preservar el interés general, incluso, en el evento de que el/la Congresista no tenga la intención de que así sea.

En tales circunstancias, la obligación constitucional atribuida a los parlamentarios consiste en poner de presente o exteriorizar el interés personal y solicitar ser separado del asunto para, de ese modo, hacer prevalecer el interés general. Nótese que ninguna cabida tiene el dolo o la culpa; tampoco es tema de buena fe. Configurado el impedimento se pone en evidencia y, si se dispone la separación del implicado, procede sin intervención, restableciendo la confianza.

Esto es, debe tenerse presente que acá lo que está en juego es la institución congresual y la preservación de su dignidad que objetivamente se ve puesta en tela de juicio cuando se presenta el conflicto de intereses de sus integrantes, vale decir, cuando objetivamente queda de relieve su posible o eventual interferencia en el asunto que se decide o debe resolverse, sin importar si se tiene o no la intención de sucumbir a los mismos y de pasar por alto la obligación de atender al interés general.

El propósito radica, por tanto, en descartar –de plano– que los Congresistas actúen influenciados por intereses personales en el desempeño de su cargo. Tan lejana como sea su intención de obrar en contravía del interés general y favorecer los propios, si desde el punto de vista objetivo se presentan los elementos que configuran la causal, el/ la Congresista debe declararse impedido (a) y, si no lo hace, el juez no tiene otro remedio que decretar la desinvestidura. Por consiguiente, la causal se configura al margen de valoraciones subjetivas, dado que lo que se encuentra en juego es la obligación constitucional de preservar la confianza pública en la dignidad de la institución congresual.

Las normas sobre conflicto de intereses en relación con los Congresistas están previstas, principalmente, en los artículos 179, 180, 181 C.P. y en los artículos 286 a 295 de la Ley 5ª de 1992. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en resaltar los elementos que, de presentarse, objetivamente estructuran la causal de conflicto de intereses: **i) la participación del/de la Congresista en un asunto que le está confiado constitucional y legalmente⁶⁴; ii)**

⁶⁴ Como se puso de presente en el fallo mayoritario, en relación con este elemento la jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener que *“el conflicto de interés afecta la posibilidad de participar en toda clase de actuaciones y decisiones donde, en principio, debería actuar el congresista, es decir, que está inhibido para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Esto significa que no puede intervenir en la deliberación ni en la votación de proyectos de ley, de actuaciones judiciales, ni en la adopción de otras decisiones judiciales electorales o políticas, siempre que lo afecten a él o a sus parientes”*. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de abril de 2012, Rad. No. 2010-1325, C.P. Enrique Gil Botero. Basta que se compruebe la existencia de un interés para conocer y

ausencia de declaración de impedimento o recusación⁶⁵ y **iii)** la existencia de un interés directo, actual y real: moral o económico⁶⁶. El que se valora y establece en el presente, al margen de que en el futuro no habría logrado cristalizarse.

La sentencia de la cual discrepo extrajo de la jurisprudencia citada –fl. 16– que *“el interés exigido debe tener tal entidad que lleve al congresista a incurrir en un ejercicio parcializado y no transparente de sus funciones, es decir, a una actuación no signada por la correcta prestación de la función pública y la prevalencia del interés social sino por sus propios beneficios”*. Con todo, esta conclusión no puede entenderse en el sentido de que para que prospere la causal de conflicto de intereses resulte indispensable la demostración de parcialidad, pues de ser ello así habría que aguardar el pronunciamiento del juez de la causa. Nótese que el conflicto de intereses no comprende, *per se*, como otras causales, una conducta tipificada en la ley penal.

Ha de entenderse, más bien, en el sentido de que el interés particular en cuestión tiene objetivamente la entidad suficiente para promover una actuación capaz de reñir con el interés general, al paso, *“precedente y concurrente con el cumplimiento de las funciones por parte del parlamentario”* sin que, como tal, la misma esté necesariamente circunscrita al terreno monetario, pues puede abarcar

participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental para que el/la Congresista deba declararse impedido (a). Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 2008, Rad. No. 2008-1367, C.P. Martha Teresa Briceño Valencia.

⁶⁵ Como también lo trajo a colación el fallo mayoritario, si el/la Congresista advierte que se encuentra incurso (a) en uno de los supuestos previstos por el ordenamiento jurídico como motivo de conflicto de intereses debe manifestar su impedimento so pena de desconocer los principios de imparcialidad e igualdad. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, Rad. No. 2011-01559-00, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁶ En relación con este elemento, la jurisprudencia ha sostenido que allí donde existe una razón subjetiva capaz de tornar parcial o poner en tela de juicio la ecuanimidad del/ de la Congresista o de trastocar el interés general al que está obligado a servir por uno personal o particular, debe poner de manifiesto su impedimento. El interés será directo cuando beneficia al/ a la Congresista de modo inmediato e indirecto cuando favorece a las personas previstas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992. La jurisprudencia ha destacado asimismo que *“el acto jurídico resultante de la concurrencia de la voluntad de los congresistas tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal”*. Como se constata, el conflicto de intereses implica la presencia de dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva, lo que no puede hacerse equivalente o equipararse con que el juzgador deba probar la intención, mala fe o culpa grave. En este sentido, se exige que el interés sea actual y no eventual; que sea moral o económico y que sea real y no hipotético. Cfr. Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 19 de marzo de 1996, Rad. No. AC 3300, C.P. Joaquín Barreto Ruíz; del 17 de octubre de 2000, Rad. No. AC-1116, C.P. Mario Almario Méndez; del 19 de julio de 1991, Rad. No. AC1433, C.P. Diego Younes Moreno; del 26 de julio de 1994, Rad. No. AC-1499, C.P. Delio Gómez Leyva; del 23 de marzo de 2010, Rad. No. 000198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas; del 19 de marzo de 1996, Rad. No. AC-3300, C.P. Joaquín Barreto Ruíz.

también aspectos morales o afectivos y, ante todo, debe tratarse de una situación real, esto es, no meramente hipotética.

3. El caso concreto

En el asunto de la referencia el actor aduce que la congresista demandada debía perder la investidura, toda vez que incurrió en conflicto de intereses *“por votar en la elección del Contralor General de la República llevada a cabo el 19 de agosto de 2014, fecha para la cual el hermano de la [C]ongresista, el señor Elkin Antonio Contento Sanz, se encontraba vinculado dentro de un proceso por responsabilidad fiscal, el cual está en cobro coactivo”*. Consideró el demandante que la parlamentaria incurrió en la causal prevista en el numeral 1º del artículo 183 C.P., en cuanto contra su hermano adelantaba un proceso la Contraloría General de la República y, no obstante, se abstuvo de declararse impedida para participar en la elección del Contralor.

En la contestación, se sostuvo –fls. 3-4– que *“la condena fiscal al hermano de la congresista se produjo el 26 de mayo de 2004 fecha para la cual quedó debidamente ejecutoriada. En ese orden, para el 19 de agosto de 2014, cuando se llevó a cabo la elección del Contralor General de la República, la demandada carecía de interés alguno en tanto la situación jurídica de su hermano se encontraba plenamente definida”*. Se agregó que, como para el momento de la elección del Contralor General de la República la responsabilidad fiscal ya había sido definida y, solo quedaba pendiente el cobro coactivo, *“el elegido en nada podía variar la situación de su familiar”*, toda vez que lo único pendiente era *“la ejecución de una actuación administrativa concluida”*.

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado sostuvo, por su parte, que el interés de la Congresista en el asunto de la referencia era meramente hipotético o eventual. Al respecto, precisó –fl. 4– *“el conflicto de intereses requiere de pruebas idóneas para demostrar que la elección del Contralor General de la República le reportaría un beneficio a la congresista o a sus familiares... El ejercicio de la función fiscal debe enmarcarse dentro de los mandatos constitucionales y legales, razón por la cual el solo hecho de participar en la elección no puede comportar la presunción de mala fe del elector ni del elegido”*.

La decisión de la que me separo constató –fls. 6-11– que al hermano de la representante a la Cámara demandada, en su condición de Gerente General de la

Lotería La Nueve Millonaria, se le siguió un proceso de responsabilidad fiscal que culminó con imputación por haber incurrido el aludido en irregularidades dentro de los contratos números 029 y 039 de 1998: *“en el primero, autorizó el pago de unos servicios que nunca se prestaron y, en el segundo, se negó injustificadamente a pagarle al contratista unos saldos adeudados”*.

Verificó la Sala que, como consecuencia de tales irregularidades, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación declaró fiscalmente responsable al hermano de la Congresista demandada. Decisión que quedó en firme luego de haberse desatado los recursos de reposición interpuestos por algunos de los sancionados. Concedidas las apelaciones impetradas, fue confirmado parcialmente el fallo de responsabilidad que redujo el monto respecto del hermano de la congresista a la mitad. Finalmente, la decisión quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 2004.

También confirmó la Sala que, remitido el título ejecutivo a la Dirección de Jurisdicción Coactiva el 25 de junio de 2004, se responsabilizó al hermano de la parlamentaria demandada para que adelantara el correspondiente proceso coactivo; que el 1º de agosto de 2005 se libró mandamiento de pago por parte de la referida Dirección de Jurisdicción Coactiva, así como que el 22 de marzo de 2007 fueron resueltas las excepciones propuestas por los ejecutados, al paso que, el 14 de marzo de 2008, la Dirección llevó a cabo la liquidación del crédito y las costas. Verificó la Sala que el valor a cargo del hermano de la Congresista demandada ascendió a la suma de \$308.267.454.72.

De igual modo, comprobó la Sala que, el 17 de septiembre de 2008, se terminó el proceso en relación con uno de los ejecutados –la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.–. Sin embargo, pudo constatar, igualmente, que, entre los años 2009 y 2013, el hermano de la Congresista demandada fue requerido en múltiples ocasiones por la Dirección de Jurisdicción Coactiva para que cancelara la obligación fiscal a su cargo y que, para el 22 de junio de 2015, esa misma dependencia adelantaba todavía el proceso de jurisdicción coactiva número J-1202 en contra del hermano de la parlamentaria acusada.

Ahora bien, aunque la decisión mayoritaria comprobó que la Congresista **i)** asistió a la sesión del Congreso de la República fijada para el 19 de agosto de 2014 e intervino en el proceso de elección del Contralor General de la República que tuvo

lugar ese mismo día y ii) no se declaró impedida pese a que, para ese momento, todavía se encontraba pendiente el pago de la condena impuesta contra su hermano, encaminó toda su argumentación –fls. 17 y siguientes– a minimizar estos hechos. Adujo la Sala que la ejecutoria del fallo que imputó la responsabilidad se produjo el 26 de mayo de 2004 y que el pago pendiente no era motivo suficiente para que la Congresista demandada estuviera obligada a declararse impedida.

Así, luego de definir el proceso de responsabilidad fiscal –fls. 17-21–, pasó la Sala a analizar el caso concreto y concluyó que, como para el 26 de mayo de 2004, fecha en que tuvo lugar la elección del Contralor General de la República el fallo se encontraba ejecutoriado y en firme, el interés personal de la Congresista acusada era tan solo una **mera especulación**, hasta el punto de que –fl. 22– *“una interpretación en contrario conllevaría a considerar que los parlamentarios tuvieren familiares sancionados por los órganos de control con decisiones en firme estarían impedidos para participar en la referida elección, cuando lo cierto es que jurisprudencialmente se exige del interés su actualidad y certeza para que constituya un conflicto de intereses”* –se destaca–.

En relación con este argumento, debo manifestar mi completo desacuerdo. En primer lugar, debe repararse en que, para la fecha de la elección del Contralor General de la República, si bien el proceso de responsabilidad fiscal en contra del hermano de la Congresista demandada había culminado, se adelantaba en la Contraloría la ejecución de la condena. Cabe decir, aún estaba pendiente el cobro coactivo **que solo culmina con el pago** –se destaca–.

Dicho en otros términos: sin duda para la fecha de la elección del Contralor General de la República la responsabilidad fiscal en cabeza del hermano de la Congresista demandada se encontraba ejecutoriada y también estaba ejecutoriada la sentencia de seguir adelante con la ejecución. Ahora bien, lo que no admite duda es que el proceso de jurisdicción coactiva no había culminado, porque este termina cuando se solventa la obligación que se ejecuta y, como el pago no había tenido lugar, el proceso estaba en curso.

En este lugar, resulta indispensable tomar nota de que uno de los aspectos más importantes y decisivos de la responsabilidad fiscal tiene que ver o se relaciona con que, una vez decretada, el Estado pueda efectivamente recuperar los

recursos, tanto más cuanto, como en el sub lite, existen pruebas en el expediente que demuestran la renuencia del hermano de la Congresista acusada al pago de la suma a la que fue condenado.

Adviértase que el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de medidas para asegurarse de que el pago opere efectivamente. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la posibilidad de embargar bienes y secuestrarlos, los que deben rematarse para así hacer ejecutivo el pago. Nótese, asimismo, que la aplicación de estas medidas todavía se encontraba pendiente en el momento en que se presentó la elección del Contralor General de la República, con lo cual el interés personal de la Congresista demandada –hermana del ejecutado–, no era hipotético, ni supuesto y lejos se encontraba de ser una mera especulación.

Reitero en este lugar lo dicho más arriba: a diferencia de lo sostenido en el fallo mayoritario, considero que el hecho de que para la defensa del patrimonio público, en materia de gestión fiscal, se surtan varias etapas, vale decir la que establece la responsabilidad y el monto de la misma y aquella –la del cobro coactivo– que materializa el pago, esto no puede equipararse a que, una vez finalizada la primera etapa, el proceso y cualquier interés en las resultas del mismo quedaron finiquitados. Ello solo ocurre cuando se presenta el pago que es, justamente, el instante en que culmina el proceso de cobro coactivo.

En fin, establecida la responsabilidad fiscal, el asunto termina cuando se presenta el pago. Únicamente en ese instante puede sostenerse que las personas involucradas dejan de tener un interés directo, real y actual en las resultas de la misma. ¿Cómo, entonces, sostener que, como para el momento de la elección del Contralor General de la República ya había finalizado la etapa de fijación de la responsabilidad fiscal y su monto y solo faltaba el pago, a la Congresista demandada no le asistía interés particular alguno en las resultas del proceso seguido contra su hermano?

Arriba precisé que las causales de pérdida de investidura son objetivas. Una vez se demuestra que se presentaron los supuestos fácticos, se entiende que se desconoció la dignidad congresual y procede la desinvestidura, sin más. En el sub lite, al margen de si la Congresista acusada tenía o tuvo la intención de sacar provecho del nombramiento del Contralor General de la República, bastaba con su intervención en la sesión en que se llevó a cabo la votación para la elección del

funcionario, pues, de ser elegido, como en efecto ocurrió, fungiría como juez de su hermano respecto de quien aún pendía la obligación de pagar al Estado el monto de una condena por responsabilidad fiscal que ascendía a la suma de \$308.267.454.72.

En relación con este aspecto debo rechazar, contundentemente, el argumento esgrimido por el fallo mayoritario consistente en que dentro del proceso coactivo el Contralor General de la República no podía intervenir, en tanto la distribución de estos asuntos se lo impedía. Al respecto, cabe señalar que dentro del proceso coactivo la intervención del Contralor General de la República no es facultativa sino obligatoria.

Nótese que para la fecha de la elección la Contraloría había ejercido ya el poder prevalente, lo que significa que el proceso debía tramitarse y terminarse en sede de la Contraloría General de la República, a lo que se suma que la Dirección de Ejecución Coactiva depende directamente del Contralor General. Dependencia que dirige, además, con un funcionario de su confianza. Al respecto de lo anterior, cabe precisar que lo afirmado no indica la presencia de una confabulación previa, tampoco se insinúa que de ello se seguía el pago de un favor.

Por otra parte, debe advertirse que si en gracia de discusión se acepta que el Contralor General de la República hizo uso de su poder de delegación, ello no significa que, ni puede hacerse equivalente a que –como lo sostuvo el fallo mayoritario en el fl. 25–, el funcionario se desprende de la responsabilidad que le asiste. Ello no es así porque, aun cuando no las reasuma, se trata de funciones que le son propias.

En síntesis, admitir que la delegación enerva el impedimento en razón del interés de delegante, desconoce que en todo caso la función se conserva. Además, pasa por alto el conflicto de intereses en razón de que para que se configure se requiere demostrar el acuerdo que favorecería, si se da la elección.

En el proceso de desinvestidura se trata, en suma, de que si las circunstancias fácticas se ajustan a los elementos que objetivamente permiten sostener que se presentó conflicto de intereses, el juez decreta sin más la desinvestidura, relevándolo de demostrar intenciones fraudulentas, mala fe, dolo o culpa grave.

Entonces, si es claro y no admite asomo de duda que los elementos objetivos que configuran la causal de conflicto de intereses se presentaron, efectivamente, esto es, que tuvo lugar **i)** la participación del/de la Congresista en un asunto que le está confiado constitucional y legalmente; **ii)** la ausencia de declaración de impedimento o recusación y **iii)** la existencia de un interés directo, actual y real, no quedaba alternativa diferente a decretar la prosperidad de la acción.

Al contrario de lo que sostuvo el fallo mayoritario, considero que existían motivos suficientemente fundados para sostener que la parlamentaria demandada incurrió en conflicto de intereses, porque no se declaró impedida, pues, desde el punto de vista objetivo –al margen de intenciones fraudulentas, dolo, culpa grave o mala fe–, es evidente que intervino en la elección del Contralor General de la República, esto es, en la elección del juez coactivo de su hermano, pues para aquella fecha se encontraba pendiente el pago de la deuda impuesto en un proceso de responsabilidad fiscal. Por tanto, no podía soslayar la congresista el interés particular real, objetivo y no hipotético, económico y moral, al margen de cualquier valoración de orden subjetivo, ajena, como ya se indicó, al juicio de desinvestidura.

Dicho de otra manera, ¿cómo negar que la Congresista demandada estaba inmersa en conflicto de intereses si para el momento en que se presentó la elección a Contralor General de la República se estaba escogiendo el juez de su hermano? Quien elige el juez tiene interés en que sea determinado juez: éste y no otro, mismo con injerencia directa en el funcionario que adelantaba la ejecución, con capacidad de asumirla directamente e impartir instrucciones. Esa es la razón por la cual de cara al interés particular la Congresista demandada tenía que haberlo manifestado. En consecuencia, se trató de un claro interés en conflicto con la imparcialidad, principio esencial de la administración de justicia.

Cuando de formular impedimentos se trata, se debe rechazar el argumento adicional que se expuso en Sala consistente en que, como la Congresista demandada participó en la elección del Contralor General de la República, para resolver el proceso aún pendiente contra su hermano quien debía declararse impedido es el propio Contralor. Argumento este que comporta trasladar al Contralor la responsabilidad de declararse impedido por un asunto en el que el interés se genera por un hecho que le es ajeno, que no depende de él y respecto del cual, para efectos generales, nadie sabe a ciencia cierta si configura motivo de

impedimento, toda vez que establecida la delegación bien puede suceder que el elegido no llegue a conocer del asunto. En pocas palabras, tratándose del elegido el conflicto si puede reputarse eventual.

Ahora, como ya lo indiqué, el juicio de desinvestidura se encuentra diseñado sobre la base de causales consignadas expresa, taxativa y objetivamente en la Constitución y en la ley. Introducir una modificación al respecto supone sustituir la Constitución en un aspecto neurálgico, cual es la necesidad de preservar la dignidad congresual. Tal cambio, solo puede tener lugar mediante Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Pueblo. Ni el constituyente derivado –el Congreso– ni los jueces gozan de la autorización o la legitimidad para introducir una modificación constitucional de tal envergadura.

Finalmente, la providencia sostiene que los argumentos expuestos en la misma han sido planteados por la Sala en otros asuntos –fls. 27-32–. Una revisión de la jurisprudencia me lleva a confirmar la obligación de declararse impedido atribuida a los/las Congresistas en razón de investigaciones en su contra, desde que queda en firme la imputación de responsabilidad. Sostener, como se pretendió en la Sala, que eso no se podía admitir supone desconocer la jurisprudencia sentada acorde con la cual la mera apertura de la investigación no obliga al/ a la Congresista a declararse impedido (a), pero basta que haya imputación de cargos para que surja el deber de hacerlo. Nótese que en el sub lite no solo hay condena de responsabilidad fiscal; hay también sentencia de seguir adelante la ejecución. En consecuencia, lo que hizo la Sala en el fallo del que me aparto fue desconocer la jurisprudencia.

En un argumento adicional, que debo rechazar, se sostiene que la intervención de un/ una Congresista en la elección del Contralor resulta equivalente “*a una especie de instancia directiva en los destinos de la Contraloría*”. Sin duda, si el asunto se considera de manera general, esa afirmación podría calificarse de correcta. No así cuando se trata de un asunto en concreto, en el que se deja al descubierto el interés particular, como acontece en el sub lite. Incluso, es menester recordar que el Congreso de la República puede solicitarle al Contralor el control prevalente. Ya en una decisión anterior, esta Sala decretó, precisamente por esa razón, la desinvestidura de un Congresista, vale decir por haberle solicitado al Congreso que utilice el control prevalente frente a la Contraloría, en beneficio propio.

Así las cosas, la influencia puede darse y se presenta en los procesos de responsabilidad fiscal y en los de jurisdicción coactiva. La causal de conflicto de intereses que obliga a los/las Congresistas a declararse impedidos bajo tales circunstancias busca impedir estas situaciones en las que objetivamente queda de relieve que prima el interés particular. Entonces, tan ajenas como estén de la intención de los/las Congresistas, si los supuestos fácticos encajan en los elementos que objetivamente configuran el conflicto de intereses, es deber constitucional del/ de la Congresista declararse impedido (a).

En el asunto bajo examen elegir al Contralor General de la República es una función. El fallo mayoritario se refiere, a mi manera de ver incorrectamente, a carga –Fl. 30–. Entretanto, la carga tiene que ver, precisamente, con la obligación de declararse impedidos (as) los/las Congresistas cuando objetivamente resulta evidente que tienen impedimentos.

Adviértase, nuevamente, que en el caso que resolvió la sentencia mayoritaria se vislumbra con claridad un interés objetivo directo, particular y actual consistente en que para la fecha de la elección del señor Contralor de la República –trámite en el que participó la Congresista demandada–, existía un proceso de jurisdicción coactiva que se encontraba vigente y en curso contra su hermano. Al no declararse impedida, la Congresista obró objetivamente en contra del interés general, pues terminó por elegir el juez de su hermano, al margen de un eventual beneficio concreto, que podría no haber obtenido. E insisto: al contrario de lo sostenido en el fallo mayoritario, el hecho de que el Contralor haya delegado su función, no significa que dejó de ser juez en esa causa.

En resumen, no haberse declarado impedida para ejercer su función de elegir al Contralor General de la República implicó, objetivamente, que la Congresista demandada antepuso en el caso concreto un interés particular, real y concreto, a saber, elegir al juez de su hermano frente a su obligación de velar por la prevalencia del interés general. Así, impactó negativamente la dignidad congresual. Por consiguiente, como no se declaró impedida encontrándose en curso el proceso de jurisdicción coactiva seguido en sede de la Contraloría General de la República contra su hermano, incurrió en la causal de conflicto de intereses y, en consecuencia, ha debido ser des investida.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01333-00(PI)

Actor: EDWIN GABRIEL DÍAZ

Demandado: ELDA LUCY CONTENTO SANZ

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – GUILLERMO SANCHEZ LUQUE

VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES-Presupuestos de configuración de la causal de pérdida de investidura. ELECCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA-El congresista que interviene en su designación tiene interés cuando un hermano es sujeto de un proceso de responsabilidad fiscal. EJECUCIÓN DEL FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Hace parte del proceso de responsabilidad fiscal porque permite la materialización de la decisión. VOTO SECRETO EN ELECCIÓN-No excusa la violación al régimen de conflicto de intereses porque la causal de pérdida de investidura no sanciona el sentido del voto sino la participación en la elección.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de la decisión que se adoptó en la providencia del 9 de noviembre de 2016, que negó la pérdida de investidura contra la representante a la Cámara Elda Lucy Contento Sanz.

1. La jurisprudencia tiene determinado que un congresista incurre en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, cuando en él concurren las siguientes circunstancias: (i) que tenga un interés directo, particular y actual, que puede ser moral o económico; (ii) que no manifieste su impedimento para participar de una decisión, a pesar de tener interés en el asunto; (iii) que no haya sido separado de la toma de la decisión por recusación; (iv) que haya participado en los debates o votado, según se trate del ejercicio de la función legislativa o de cualquiera otra, por ejemplo, la electoral.

A mi juicio, en la congresista enjuiciada concurrieron todos los presupuestos para la configuración de la violación al régimen de conflicto de intereses. En efecto, se acreditó que (i) el hermano de la congresista era sujeto de un proceso de responsabilidad fiscal que estaba en la fase de cobro coactivo, (ii) la congresista

intervino y votó en la elección del Contralor General de la República en sesión del 19 de agosto de 2014 y (iii) la congresista no manifestó impedimento para participar de esa elección, ni fue separada de la elección por recusación.

La congresista debió declararse impedida para participar en la designación del Contralor General de la República, pues tenía un interés en esa decisión. El proceso de responsabilidad fiscal no había finalizado, por el contrario, estaba en etapa de ejecución en la que se podían tomar decisiones tales como el embargo y secuestro de los bienes del procesado, para hacer efectivo el fallo de responsabilidad fiscal (artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993).

2. No es posible excusar la violación al régimen de conflicto de intereses en una elección de un funcionario en la que un congresista interviene, a pesar de tener interés y no manifestar impedimento, con el argumento que el voto del congresista es secreto, porque la causal de pérdida de investidura no sanciona el sentido del voto sino la participación del congresista en la elección.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE