



COMUNICADO 30

Septiembre 14 de 2022

SENTENCIA C-320 de 2022

M.P. Hernán Correa Cardozo

Expediente LAT-473

Norma revisada: Ley 2106 de 2021

CORTE DECLARÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA CONFEDERACIÓN SUIZA, RELATIVO A LOS SERVICIOS AÉREOS REGULARES, AL IGUAL QUE SU LEY APROBATORIA

1. Normas revisadas

Control automático de constitucionalidad del “Acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza relativo a los servicios aéreos Regulares”, suscrito en Bogotá, el 3 de agosto de 2016 y la Ley 2106 de 16 de julio de 2021, cuyo texto puede ser consultado en el Diario Oficial No. 51.145 publicado el 22 de noviembre 2019.

2. Decisión

Primero. Declarar **CONSTITUCIONAL** el “Acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza relativo a los servicios aéreos Regulares”, suscrito en Bogotá, el 3 de agosto de 2016.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 2106 de 2021 “[p]or medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza relativo a los servicios aéreos Regulares”, suscrito en Bogotá, el 3 de agosto de 2016.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena concluyó que, tanto el trámite previo la aprobación del tratado surtido por el Gobierno nacional, como el procedimiento legislativo en el Congreso de la República, se adelantaron de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones constitucionales y legales.

Adicionalmente, la Corte comprobó que en este caso no era necesario agotar el proceso de consulta previa porque no existía una afectación directa a las comunidades étnicas del país. Adicionalmente, en el trámite legislativo no era aplicable el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, porque el proyecto de ley aprobatoria fue radicado más de un año antes de la

notificación de las Sentencias C-091 de 2021 y C-170 de 2021, que establecieron la obligación de hacer un análisis de impacto fiscal cuando los instrumentos internacionales ordenan gastos u otorgan beneficios tributarios.

Igualmente, la Corte analizó la finalidad del tratado. Al respecto, concluyó que el Acuerdo pretende promover a través del transporte aéreo, el comercio exterior, las importaciones y las exportaciones, aumentar los niveles de competitividad y fomentar el turismo. Por ello, en el Preámbulo del tratado los Estados convinieron fomentar un sistema de aviación que se fundamente en la competencia entre las aerolíneas, que facilite las oportunidades en la prestación de los servicios aéreos, eficientes y competitivos. La Sala Plena concluyó que estas finalidades son compatibles con la Constitución.

La Sala Plena concluyó, después de analizar los 24 artículos del Acuerdo, su anexo, y los tres artículos de la Ley 2106 de 2021, que estas disposiciones no violan ninguna norma de la Constitución. Por el contrario, se fundamentan en la obligación que tiene el Estado de promover la internacionalización de las relaciones económicas, con fundamento en los principios de soberanía nacional y reciprocidad (artículos 9º y 226), en el deber de preservar, la vida, la integridad personal y las demás libertades (artículo 2º), así como en el mandato de proteger la libertad de empresa y la libre competencia dentro de los límites del bien común (artículo 333).

Por estas razones, la Corte declaró la constitucionalidad del “Acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza relativo los servicios aéreos Regulares”, suscrito en Bogotá, el 3 de agosto de 2016. Igualmente, declaró exequible la Ley 2106 de 2021, a través de la cual se aprobó este instrumento internacional.

SENTENCIA C-321 de 2022

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Expediente D-14.628

Norma acusada: artículo 10 de la Ley 2161 de 2021

EL PROPIETARIO DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR DEBERÁ VELAR PORQUE ESTE CIRCULE HABIENDO ADQUIRIDO EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO Y REALIZADO LA REVISIÓN TÉCNICO MECÁNICA EN LOS PLAZOS PREVISTOS EN LA LEY. EL INCUMPLIMIENTO DE TAL DEBER LEGAL ES SANCIONABLE CONFORME AL CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO. ASÍ MISMO, DEBE VELAR PORQUE EL VEHÍCULO DE SU PROPIEDAD CIRCULE POR LUGARES Y EN HORARIOS AUTORIZADOS, SIN EXCEDER LOS LÍMITES DE VELOCIDAD PERMITIDOS Y RESPETANDO LA LUZ ROJA DEL SEMÁFORO Y PODRÁ SER SANCIONADO CUANDO, AL INTERIOR DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO, RESULTE PROBADO QUE, DE MANERA CULPOSA, INCURRIÓ EN LAS CITADAS INFRACCIONES DE TRÁNSITO

1. Norma objeto de control constitucional

**“LEY 2161 DE 2021
(noviembre 26)”¹**

Por la cual se establecen medidas para promover la adquisición, renovación y no evasión del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), se modifica la Ley 769 de 2002 y se dictan otras disposiciones.

“ARTICULO 10°. Medidas Antievasión. Los propietarios de los vehículos automotores deberán velar porque los vehículos de su propiedad circulen:

- a. Habiendo adquirido el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito,
- b. Habiendo realizado la revisión técnico-mecánica en los plazos previstos por la ley,
- c. Por lugares y en horarios que estén permitidos,
- d. Sin exceder los límites de velocidad permitidos,
- e. Respetando la luz roja del semáforo.

La violación de las anteriores obligaciones implicará la imposición de las sanciones previstas en el Artículo 131 del Código Nacional de Tránsito modificado por la Ley 1383 de 2010 para dichos comportamientos, previo el cumplimiento estricto del procedimiento administrativo contravencional de tránsito.”

2. Decisión

UNICO. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 10 de la Ley 2161 de 2021, por los cargos analizados, con excepción de los literales c, d y e, los cuales se declaran **EXEQUIBLES** bajo el entendido que el propietario del vehículo podrá ser sancionado cuando, al interior del procedimiento administrativo sancionatorio, resulte probado que este, de manera culposa, incurrió en las infracciones de tránsito analizadas.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte, con ponencia del magistrado **Jorge Enrique Ibáñez Najjar**, estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 10 de la Ley 2161 de 2021. El demandante acusó de inconstitucional la disposición con fundamento en dos cargos. El primero por violar el artículo 158 de la Constitución, pues la disposición no se ajustaba al objeto señalado en el artículo 1 de la Ley 2161 de 2021 y, por lo tanto, vulneraba el principio de unidad de materia. El segundo por violar los artículos 6 y 29 de la Constitución. En criterio del demandante, la disposición desconocía el principio de responsabilidad personal y el derecho a la presunción de inocencia que aplica en los procesos sancionatorios adelantados por el Estado, porque tenía por efecto que

¹ Publicada en el Diario oficial No. 51.870 de 2021.

los propietarios de los vehículos pudieran ser sancionados por las infracciones de tránsito cometidas con el vehículo de su propiedad, aunque no estuviere probado que este fue quien cometió la infracción. Para solucionar el primer planteamiento, la Corte reiteró la jurisprudencia constitucional en torno al principio de unidad de materia y, luego, efectuó una revisión de los antecedentes legislativos de la Ley 2161 de 2021. A partir de esto, señaló que dentro del núcleo temático perseguido por el Legislador al proferir la Ley 2161 de 2021, se encontraba establecer medidas que promovieran la seguridad vial del país a través de prácticas y actitudes responsables durante la circulación en las vías que a su vez fomenten la adquisición, renovación y no evasión del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT).

Con fundamento en lo anterior, concluyó que el artículo demandado guardaba relación temática y teleológica con la Ley 2161 de 2021. En cuanto a la conexidad temática, la norma acusada objetiva y razonablemente permite establecer que, si los propietarios de los vehículos velan porque estos circulen cumpliendo con las normas de tránsito, se disminuirá la accidentalidad en las vías, se garantizará que las víctimas de los accidentes de tránsito estén cubiertas con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y disminuirían las pólizas del SOAT siniestradas. Como corolario de lo anterior, más propietarios pueden buscar beneficiarse de la reducción en la tarifa del seguro establecida en la misma Ley y, por tanto, más propietarios se verán inclinados a renovarlo oportunamente, e, incluso, adquirirlo por primera vez.

En cuanto a la conexidad teleológica, la disposición acusada se encuentra alineada con el propósito del Legislador encaminado a incentivar a los propietarios de vehículos y conductores para que contribuyan con la seguridad vial del país mediante la implementación de prácticas y actitudes responsables durante la circulación en las vías.

Con el fin de solucionar la segunda cuestión, la Corte concluyó que se ajusta a la Constitución Política que el legislador le imponga al propietario de un vehículo automotor velar porque éste circule: a) habiendo adquirido el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, b) habiendo realizado la revisión técnico mecánica en los plazos previstos por la ley, c) por lugares y en horarios que estén permitidos, d) sin exceder los límites de velocidad permitidos, y d) respetando la luz roja del semáforo y que, la violación de tales deberes legales, implicará la imposición de las sanciones previstas en el Artículo 131 del Código Nacional de Tránsito, modificado por la Ley 1383 de 2010, previo el cumplimiento estricto del procedimiento administrativo contravencional de tránsito.

En línea con lo anterior, la Sala Plena señaló que, en lo que se relaciona con la omisión de los deberes relacionados en los literales c, d y e del artículo 10 de la Ley 2161 de 2021, el propietario del vehículo podrá ser sancionado cuando, al interior del procedimiento administrativo sancionatorio, resulte probado que, de manera culposa, incurrió en las infracciones de tránsito analizadas. Ello, porque conforme al principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria, un sujeto únicamente puede ser sancionado por actos u omisiones propias. Bajo este panorama, la Corte recordó que, conforme a la Constitución Política, la propiedad tiene una función social y ecológica, de la cual se desprenden unos deberes de diligencia y vigilancia respecto del bien sobre el cual esta recae, por una parte y, por la otra, en todo caso, frente al incumplimiento de los deberes que la ley impone, para que haya lugar a la sanción, deben respetarse las reglas propias del proceso administrativo sancionatorio en el cual se garanticen los derechos fundamentales de audiencia, defensa, contradicción y, en general del debido proceso. Conforme a lo anterior, la Corte señaló la naturaleza y alcance de una orden de comparendo, la cual dijo que por sí misma no constituye una sanción, y el proceso administrativo sancionatorio en el cual deberá analizarse la conducta.

En consecuencia, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 2161 de 2021, y en el caso de los literales c, d y e, fueron declarados exequibles bajo el entendido que el propietario del vehículo podrá ser sancionado cuando, al interior del procedimiento administrativo sancionatorio, resulte probado que este, de manera culposa incurrió en las infracciones de tránsito analizadas.

4. Salvamento de voto

En relación con esta decisión, el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** salvó el voto. Manifestaron reserva de aclaración de voto la magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** y los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**.

El magistrado **José Fernando Reyes** salvó el voto en la presente decisión al considerar que los literales c, d y e, de la norma en estudio, insertan al ordenamiento jurídico un ejercicio de responsabilidad objetiva, desconociendo con ello el precedente ampliamente desarrollado en la sentencia C-038 de 2020 sobre el análisis de responsabilidad personalísima y subjetiva en contenidos sancionatorios administrativos.

En efecto, destacó que, si se acude para el entendimiento de la norma a la teoría de las “obligaciones” desde la dogmática del derecho civil, se pierde de vista en un todo que del incumplimiento del mandato inserto en el artículo surge una sanción, que por esta razón tiene como fuente la

responsabilidad, y en ese caso, como ya lo ha enseñado la Corte en asuntos idénticos, no puede analizarse desde la perspectiva de la culpa -en sentido civil- o de la responsabilidad culposa -en punto de responsabilidad personal-, sino bajo el principio constitucional de la **responsabilidad subjetiva** y no meramente objetiva.

Por ello, el magistrado advirtió que la decisión confunde responsabilidad culposa con culpabilidad, sin acertar a perfilar esta última, ora como principio constitucional o ya como categoría de la arquitectura del delito (cfr. parte resolutive) lo cual es particularmente preocupante de cara a la larga jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dicho de otra manera, confundir la culpa con la culpabilidad es no apenas un asunto de relevancia dogmática sino una regresión en la construcción jurisprudencial garantista en estos temas, efectuada por esta Corte en sus más de 30 años de existencia. Por ello, razonar sobre la base de obligaciones de medio y resultado, pervierte el sentido del análisis del derecho administrativo sancionador y constituye un salto hacia atrás en estas materias.

Se dejó de lado que, se está en frente de una disposición que inserta una responsabilidad personal, y como se dijo en la oportunidad ya citada -C 038 de 2020-, “...la responsabilidad únicamente puede establecerse a partir de **juicios de reproche personalísimos**², lo que implica que, en tratándose de sanciones, **éstas sólo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión**³, en tratándose de una persona natural o atribuibles a una persona jurídica **y la responsabilidad personal es intransmisible. El principio de imputabilidad personal o responsabilidad personal, de personalidad de las penas o sanciones o responsabilidad por el acto propio implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible separar la autoría, de la responsabilidad**⁴.” (Negritas y subrayas fuera del texto original)

² “(...) juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta”: sentencia C-827/01.

³ La sentencia C-329/00 declaró exequible el artículo 54 del Decreto Ley 1900 de 1990, en materia de las telecomunicaciones, porque “La extensión de la responsabilidad al titular de la concesión, permiso o autorización del respectivo servicio o actividad, que consagra la norma, no desconoce el mencionado principio, porque ella es clara al establecer que la referida responsabilidad se configura con respecto a dicho titular “por la acción u omisión” en relación con las infracciones que le sean imputables en materia de comunicaciones, con lo cual, se está indicando que sólo responde por sus propios actos”.

⁴ La sentencia C-003/17 declaró inexecutable una norma que preveía el retiro de una beca para estudios de posgrados por “la ocurrencia de hechos delictivos”, al concluir que “Se vulnera el principio de responsabilidad de acto, pues (...) es tan amplio que ni siquiera exige que se haya incurrido o se sea culpable de un delito. Simplemente exige “la ocurrencia de hechos delictivos”, frente a los cuales no se requiere que el hecho sea atribuible al becario”.

En concepto del magistrado **Reyes Cuartas**, la norma que se estudia, debió declararse inexecutable dado que hace referencia a exigencias que, fácticamente y en la ejecución de los comportamientos, no recaen en cabeza del propietario, sino de cualquier persona que conduzca el vehículo, y como se vio, éste solo está llamado a responder por ello, cuando el comportamiento que se le exige, se enmarque en el supuesto fáctico de ser el propietario quien conduzca -responsabilidad subjetiva personalísima-. Se advierte, además, absolutamente innecesario condicionar la norma en el sentido que se expresa dado que, ya el artículo 131 del Código Nacional de Tránsito dispone las sanciones cuando cualquier persona que conduce un vehículo, lo haga por ejemplo a exceso de velocidad, o sin SOAT, o pasando el semáforo en rojo, entre otras conductas, sea o no el propietario del vehículo. Es decir, se ha reduplicado una regla con un condicionamiento sin ligarla con el dicho artículo 131 CNTT.

A juicio del magistrado, con la existencia de los literales a los que se hizo referencia al inicio, se está traicionando el espíritu de la sentencia C-038 de 2020 pues se construyen conductas y sanciones en clave objetiva (“velar porque...”) para simplemente deshacer el fundamento garantista de esa sentencia de la Corte. Lo propio podrá decirse de los literales a) y b) que no obstante su estirpe objetiva, en cuanto liga al dueño del vehículo con hechos verificables ontológicamente, en eventos particulares como hurtos o sustracciones subrepticias, indican la necesidad de averiguar los porqués de esas omisiones.

SENTENCIA C-322 de 2022

M.P. Hernán Correa Cardozo
Expediente D-14654

CORTE DECLARÓ QUE EL ARTÍCULO 147 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO, MODIFICADO POR EL 24 DE LA LEY 788 DE 2002, EN LO REFERENTE A LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES EN LOS PROCESOS DE FUSIÓN DE SOCIEDADES, NO ATENTA CONTRA LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD TRIBUTARIA

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 788 DE 2002⁵
(diciembre 27)

Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones.

(...)

⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 47.046 del 27 de diciembre de 2022

“**ARTÍCULO 24.** COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES. Modifícase el artículo 147 del Estatuto Tributario el cual queda así:

ARTÍCULO 147. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES. Compensación de pérdidas fiscales de sociedades: Las sociedades podrán compensar las pérdidas fiscales, con las rentas líquidas ordinarias que obtuvieren en los doce (12) períodos gravables siguientes, sin perjuicio de la renta presuntiva del ejercicio. Los socios no podrán deducir ni compensar las pérdidas de las sociedades contra sus propias rentas líquidas.

La sociedad absorbente o resultante de un proceso de fusión, puede compensar con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante. La compensación de las pérdidas sufridas por las sociedades fusionadas, referidas en este artículo, deberá realizarse teniendo en cuenta los períodos gravables para compensar ya transcurridos y los límites anuales, previstos en la ley vigente en el período en que se generó y declaró la pérdida fiscal (...).

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*La sociedad absorbente o resultante de un proceso de fusión, puede compensar con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante*” contenida en el artículo 147 del Decreto 624 de 1989, “[p]or el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, modificado por el artículo 24 de la Ley 188 de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena estudió la demanda contra el artículo 147 del Estatuto Tributario, modificado por el 24 de la Ley 788 de 2002. Los demandantes sostuvieron que, en un proceso de fusión, limitar la compensación de pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante vulneraba los principios de justicia y equidad tributaria. En concreto, porque la compensación de pérdidas fiscales es una minoración estructural que no genera preferencias hacia un grupo o actividad determinada. En este sentido, consideraban que no existía una razón constitucionalmente válida que justificara la limitación que se hace en el aparte demandado. Por el contrario, el precepto desconocía la capacidad de pago de los contribuyentes, pues imponía cargas excesivas a la sociedad absorbente. De esta manera, a su juicio, la disposición transgredía los principios constitucionales de justicia y equidad.

Para estudiar la constitucionalidad de la norma demandada, la Sala planteó el siguiente problema jurídico: ¿la imposición de un límite para compensar las pérdidas fiscales con las rentas líquidas ordinarias, en proporción a la participación de los patrimonios en procesos de fusión, desconoce los principios de equidad y justicia tributaria?

La Sala consideró que la norma demandada no desconoce los principios de equidad y justicia tributaria. Para llegar a tal conclusión, aplicó un juicio integrado de igualdad en su intensidad leve, pues el precepto objeto de control de constitucionalidad estaba relacionado con un asunto tributario sobre el cual el Legislador tenía un amplio margen de configuración. Además, la disposición no contenía indicios de arbitrariedad ni estaba basada en criterios sospechosos. Así las cosas, en primer lugar, estableció los grupos comparables y el presunto trato desigual. A este respecto, determinó que los grupos comparables eran, por un lado, las sociedades que pueden compensar la totalidad de sus pérdidas fiscales y, por otro, aquellas que no, debido a que han sido sometidas a un proceso de fusión. Lo anterior, en tanto, a juicio de los accionantes, no había razón para limitar la compensación de pérdidas fiscales por que una sociedad incurriera en un proceso de fusión. En esa medida, a la Sala le correspondía establecer si era un trato desigual imponer una restricción a la compensación de pérdidas fiscales. En particular, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante.

En segundo lugar, la Sala determinó que la finalidad de la medida no estaba constitucionalmente prohibida; por el contrario, buscaba evitar que los procesos de fusión que llevaran a cabo con una motivación meramente fiscal; esto es, con el objetivo de erosionar la base gravable sobre la cual tributa la sociedad resultante y reducir sus obligaciones ante el fisco. Por lo tanto, al buscar que los procesos de fusión se realizaran con motivos comerciales, la medida propendía porque el sistema tributario fuera eficiente.

Finalmente, la Sala constató que el medio para alcanzar el fin era adecuado. Esto, puesto que limitar la compensación de las pérdidas fiscales al patrimonio de participación de las sociedades fusionadas atendía a la realidad económica del proceso de fusión, pues la compensación se realizaba tomando como criterio el patrimonio que resultaba de la absorción. De este modo, la medida aseguraba que los procesos de fusión no se realizaran para reducir los tributos a pagar. Además, advirtió que el hecho de pudiesen hipotéticamente existir otras

medidas más efectivas para evitar el comercio de pérdidas fiscales, no implicaba que el inciso 2º del artículo 147 del Estatuto Tributario fuera inconstitucional, asunto que en todo caso recaía en el ámbito de la amplia configuración legislativa.

En consecuencia, la Sala decidió declarar exequible la expresión “*La sociedad absorbente o resultante de un proceso de fusión, puede compensar con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante*” contenida en el artículo 147 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 24 de la Ley 788 de 2002.

SENTENCIA C-323 de 2022

M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Expediente D-14731

POR EXISTIR COSA JUZGADA, LA CORTE RESOLVIÓ ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA C-306 DE 2022 QUE DECLARÓ LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 132 DE LA LEY 2159 DE 2021, EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN DICHA PROVIDENCIA

1. Antecedentes

La Sala Plena abordó el estudio de la demanda de inconstitucionalidad ejercida contra el artículo 132 de la Ley 2159 de 2021, “*(p)or la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 10 de enero al 31 de diciembre de 2022*”; disposición que prescribe que

“Durante la vigencia 2022; modifíquese el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 21 de 1982, así: “2. Agrupar un número de empleadores que tengan a su servicio un mínimo de diez mil (10.000) trabajadores afiliados”

Los actores solicitaron que la disposición demandada fuera declarada inexecutable con efectos retroactivos, con fundamento en que la disposición demandada quebrantaría el principio de unidad de materia que contemplan los artículos 158 y 169 de la Constitución Política.

La Corte advirtió que mediante Sentencia C-306 de 2022⁶ se declaró la inexecutable con efectos retroactivos de la disposición demandada y se dispuso la reviviscencia de manera simultánea del numeral 2 del artículo 40 de la Ley 21 de 1982. Por esta razón, la Sala Plena dispuso estarse a lo resuelto dicha providencia.

⁶ MP Cristina Pardo Schlesinger y Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

2. Decisión

Estarse a lo resuelto en Sentencia C-306 de 2022 que declaró la inexecutable del artículo 132 de la Ley 2159 de 2021, en los términos previstos en dicha providencia.

SENTENCIA C-324-22

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expediente D-14721

Norma acusada: Ley 1819 de 2016 (literal c, numeral 2, art. 105)

CORTE DECLARÓ CONSTITUCIONAL NORMA DEL ESTATUTO TRIBUTARIO QUE PROHÍBE QUE LOS GASTOS PROVENIENTES DE CONDENAS DE PROCESOS ADMINISTRATIVOS, JUDICIALES O ARBITRALES SEAN DEDUCIBLES FISCALMENTE PARA QUIENES ESTÁN OBLIGADOS A LLEVAR CONTABILIDAD

1. Norma objeto de control constitucional

DECRETO 624 DE 1989⁷ (30 de marzo de 1989)

Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales (...)

Artículo 105. REALIZACIÓN DE LA DEDUCCIÓN PARA LOS OBLIGADOS A LLEVAR CONTABILIDAD. <Modificado por el artículo 61 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Para los contribuyentes que estén obligados a llevar contabilidad, las deducciones realizadas fiscalmente son los gastos devengados contablemente en el año o periodo gravable que cumplan los requisitos señalados en este estatuto.
(...)

2. Los gastos que no cumplan con los requisitos establecidos en este estatuto para su deducción en el impuesto sobre la renta y complementarios,

generarán diferencias permanentes. Dichos gastos comprenden, entre otros:

a) Las deducciones devengadas por concepto de la aplicación del método de participación patrimonial, incluyendo las pérdidas, de conformidad con los marcos técnicos normativos contables.

b) El impuesto sobre la renta y complementarios y los impuestos no comprendidos en el artículo 115 de este estatuto.

c) Las multas, sanciones, penalidades, intereses moratorios de carácter sancionatorio y las condenas provenientes de procesos administrativos, judiciales o arbitrales diferentes a las laborales con sujeción a lo prevista en el numeral 3 del artículo 107-1 de este estatuto.

Las distribuciones de dividendos.
Los impuestos asumidos de terceros.

⁷ Publicado en el Diario Oficial No. 38.756

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “y las condenas provenientes de procesos administrativos, judiciales o arbitrales” contenida en el literal c) del numeral 2 del artículo 105 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 61 de la Ley 1819 de 2016, por el cargo analizado en la presente sentencia.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte resolvió la demanda contra la expresión “y las condenas provenientes de procesos administrativos, judiciales o arbitrales” contenida en el literal c) del numeral 2 del artículo 105 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 61 de la Ley 1819 de 2016, por estimar vulnerados los principios de igualdad, justicia y equidad tributaria, así como el acceso a la administración de justicia, contenidos en los artículos 13, 95-9°, 229 y 363 de la Constitución Política.

La acusación reprochó que se impida deducir fiscalmente un gasto que tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta, fundado en que se ordenó a través de una condena judicial, administrativa o arbitral; dándose un tratamiento diferente – al permitírsele deducir el gasto - a un sujeto que, aunque esta frente al mismo hecho económico, cancela la obligación antes de obtener decisión judicial o a través de la vía conciliatoria. Lo que, a juicio de la accionante, no resulta proporcionado, ni razonable, menos cuando la distinción es odiosa y afecta el acceso a la administración de justicia.

Con fundamento en lo anterior la Sala circunscribió el problema jurídico a determinar si ¿Se vulneran los principios de igualdad, justicia y equidad tributaria, así como el acceso a la administración de justicia (artículos 13, 95-9, 229 y 363 C.P.) cuando el Legislador dispone en el artículo 105, numeral 2, literal c) del Estatuto Tributario que, para los obligados a llevar contabilidad, los gastos provenientes de condenas de procesos administrativos, judiciales o arbitrales, no pueden ser deducibles fiscalmente?

Para resolver el problema jurídico se refirió al margen de configuración legislativa en materia tributaria, específicamente a su alcance en la regulación de las deducciones tributarias. Indicó que, en diversas oportunidades, la corporación ha declarado la exequibilidad de normas tributarias que, a pesar de crear deducciones que pueden, eventualmente, no ser aplicadas a un determinado grupo de personas que se encuentran en similares condiciones, son ajustadas a la Constitución.

Así mismo, la Corte explicó el contenido de los principios de igualdad, justicia y equidad tributaria y cómo estos operan en el ámbito de acción del Legislador en materia tributaria. Sostuvo que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia de impuestos, el cual abarca la facultad de establecer, limitar, derogar, disminuir, modificar o ampliar deducciones. En virtud de esa potestad, determinó que las diferencias en las condiciones exigidas por la ley para acceder a una deducción tributaria particular son, en principio, constitucionales. Así mismo explicó que esas medidas solo serán inconstitucionales si se demuestra que el sistema tributario ha sido perturbado en su integridad, al introducir una evidente, manifiesta y desproporcionada discriminación y para evaluar lo anterior, estimó necesario (i) establecer si la diferencia de trato tiene un carácter trascendental y definitorio, que afecte al sistema tributario en su conjunto, y (ii) llevar a cabo un juicio leve de proporcionalidad, en el que (ii.a) se debe verificar que la medida busca alcanzar un fin no prohibido constitucionalmente y (ii.b) que es idónea para alcanzar ese fin.

A continuación, la Corte señaló el contexto y alcance de la disposición parcialmente demandada. Expuso que el impuesto de renta es de carácter nacional y directo; su determinación consulta la capacidad de pago del contribuyente, es decir los ingresos percibidos en un lapso determinado, los cuales serán gravados de acuerdo con las tarifas que determine la ley. La depuración de la base gravable pasa por restarle las deducciones y, en lo relacionado con los sujetos obligados a llevar contabilidad sigue unas reglas específicas, ya que hay gastos que, pese a poder ser reflejados contablemente, no son deducibles fiscalmente como sucede con los relacionados en el artículo 105 del Estatuto Tributario.

Así mismo destacó que el Estatuto Tributario fijó que son deducibles los gastos realizados durante el año o periodo gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta cuando tengan relación de causalidad, sean necesarios y proporcionales, pero también a ellos les fijó excepciones, es decir que no son deducibles fiscalmente los que se determinan en el artículo 105 numeral 2 del Estatuto Tributario, lo cual además se encuentra explicado con claridad en la exposición de motivos de la Ley 1819 de 2016.

Resaltó que dichos gastos que no pueden ser tenidos como deducibles, y que generan diferencias permanentes, como las condenas provenientes de procesos administrativos, judiciales o arbitrales, se justificaron por el Legislador, en la necesidad de ampliar los ingresos para el recaudo, eliminando al máximo deducciones e incentivando un

sistema de recaudo simple, que impida la evasión o las inexactitudes al momento de presentar la declaración de impuestos. Igualmente, el fortalecimiento de la equidad horizontal del sistema tributario, al considerar que los beneficios tributarios del Estatuto eran excesivos, producían inequidades y distorsión en la asignación de los recursos de la economía.

La Corte concluyó con que la medida analizada se inscribe dentro del margen de configuración del Legislador, pues tiene una finalidad legítima relacionada con la eficiencia del sistema tributario, al incentivar el pago oportuno de obligaciones, así como la ampliación y mejora del recaudo. Así mismo es idónea y no impide que los contribuyentes accedan al sistema de justicia, y por el contrario busca realizar los principios de equidad y justicia tributaria y por ende la declara ajustada a la Constitución Política.

4. Salvamentos de voto

Los magistrados **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** salvaron conjuntamente su voto, pues la norma demandada imposibilita la deducción de gastos asociados a la actividad generadora de renta reconocidos en "*condenas provenientes de procesos administrativos, judiciales o arbitrales*", lesionando el derecho a la igualdad, los principios de justicia y equidad tributarios, e imponiendo una barrera de acceso a la justicia. Lo anterior genera una violación de los artículos 13, 95, 363 y 229 de la Constitución.

En primer lugar, los magistrados Lizarazo Ocampo y Linares Cantillo destacaron que respecto de la alegada violación del derecho a la igualdad debe desarrollarse un juicio integrado de intensidad intermedia. Explicaron que, aunque en este caso se está ante una norma tributaria, se identifica en su configuración tanto un indicio de arbitrariedad, como un impacto negativo en la realización del derecho fundamental de acceso a la justicia. Estas dos circunstancias obligan a la Corte a abandonar la regla general que favorece un test de intensidad leve en asuntos relacionados con tributos para, en su lugar, optar por el escrutinio intermedio como el sugerido por la demandante y respaldado por varios de los intervinientes.

Frente al indicio de arbitrariedad, resaltaron que solo cuando el contribuyente se ve obligado a recurrir a un tercero para la definición de una prestación a su cargo, desaparece la posibilidad de deducir la expensa. Esta limitación fue introducida por el Legislador en la Ley 1819 de 2016, sin que se pueda reconocer alguna razón asociada a la

naturaleza de la expensa, a algún propósito relacionado con el sistema tributario, o a una característica particular de su origen, que implique su mutación al punto de hacer inviable su deducibilidad. En este sentido, el elemento fundamental de un gasto para ser admisible como deducción -la relación con la actividad generadora de renta-, nunca se controvierte o altera porque esta se ocasione en una condena judicial, arbitral o administrativa y no se ofrece razón alguna para el abandono del criterio generalmente aceptado. Así, no se observa un propósito o finalidad para el establecimiento del tratamiento desigual y tampoco alguna característica relacionada con el gasto que motive la configuración normativa escogida por el Legislador, lo que suscita duda en torno a un ejercicio arbitrario de sus facultades.

Adicional a lo anterior, los magistrados Lizarazo Ocampo y Linares Cantillo resaltaron cómo la limitación a la deducibilidad de estas expensas constituye una barrera de acceso a la justicia. Señalaron que, a través de la prohibición de la deducción, se impone un sobre costo y se dificulta al contribuyente optar por la solución de los conflictos por vías heterocompositivas. Esto impide la legítima opción del contribuyente a favor de escenarios judiciales, arbitrales o administrativos, quien debería estar en plena libertad para escoger el mecanismo para la resolución de una diferencia, sin tener que enfrentarse a cargas especiales en materia tributaria por optar por aquello que no le está prohibido, ni ha sido identificado como socialmente nocivo.

Así, al aplicar el juicio de intensidad intermedia, se reconoce que la norma demandada no realiza alguna finalidad importante y que, por el contrario, genera una lesión significativa a un principio fundamental del ordenamiento, como es el de propender por la resolución pacífica de los conflictos. Así, no se reconoce cómo excluir de tajo, y en todos sus componentes, la expensa tributaria constituida a partir de las condenas administrativas, judiciales o arbitrales, conseguiría una finalidad legítima en materia tributaria. Por el contrario, la disposición acusada genera trazos de inequidad e injusticia en el sistema, pues en un escenario en el que se reconocen las expensas asociadas a la actividad generadora de renta como deducibles, impedirlo únicamente porque la cuantía asociada a la resolución del conflicto es determinada por la administración, el juez o el árbitro, parece completamente desproporcionado, irrazonable y arbitrario. En consecuencia, la disposición demandada no superaría el juicio integrado de igualdad aplicable, y debería haberse declarado su inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad.

También, resaltaron la importancia de la distinción conceptual entre las minoraciones estructurales y los beneficios tributarios, pues las primeras, a las cuales pertenece esta deducción, no constituyen privilegios ni tienen la finalidad de estimular, incentivar o preferir determinados sujetos, actividades o mercados económicos, sino de evitar que el tributo se vuelva una herramienta de castigo o una fuente de injusticia. Así, cuando se prohíbe el reconocimiento de algunas minoraciones estructurales se afectan los principios de equidad y justicia tributarias, lo cual descendiendo al caso concreto sucede al impedir la aplicación de una deducción sin razón suficiente, a pesar de que cumpla los requisitos de causalidad, necesidad y proporcionalidad con la actividad generadora de renta, solo porque proviene de una condena administrativa, judicial o arbitral.

Los magistrados Lizarazo Ocampo y Linares Cantillo resaltaron, igualmente, el impacto negativo que tiene la disposición en el acceso a la justicia y extrañaron que en la sentencia de la que se apartaron no se hubiera profundizado en la manera como la prohibición desigual implicaba la introducción de una barrera para la realización efectiva de dicha garantía constitucional y la consecuente violación del derecho. En este sentido, a más de fundamentar la aplicación del juicio de igualdad de intensidad intermedia, el planteamiento de la demanda ofrecía lo suficiente para una evaluación independiente de la incidencia de la medida en materia de acceso a la justicia y a entender cómo el incremento artificial del costo por optar por una solución heterocompositiva del conflicto implica, de suyo, una afectación grave de la garantía. Asimismo, llamaron la atención sobre la falta de justificación razonable para el desincentivo para el recurso a la administración, a la justicia o a los árbitros para la resolución de una controversia, de modo que excluyeron la existencia de alguna razón que motivara en este caso la limitación del derecho fundamental.

Finalmente, los magistrados que salvaron su voto precisaron que la inexecutable de la disposición no implicaría un desconocimiento de lo decidido por la Corte en la sentencia C-272 de 2022. Esto, pues la regla que quedaría vigente para determinar la deducibilidad de las condenas, el artículo 107 del Estatuto Tributario, impediría cualquier contradicción. Así, explicaron que dicha norma exige que las expensas: (i) sean realizadas durante el año o período gravable; (ii) se produzcan en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta; (iii) tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta; y (iv) sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad, para resultar admisibles en la depuración de la renta gravable. Por ello, no serían deducibles gastos que atiendan a una causa eminentemente punitiva, pues no se ajustarían a los mencionados requisitos.

SENTENCIA C-325 de 2022

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expediente D-14438

Norma acusada: Artículo 56 de la Ley 2099 de 2021

LA CORTE CONSTITUCIONAL CONCLUYÓ QUE EN EL TRÁMITE LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL ARTÍCULO 56 DE LA LEY 2099 DE 2021 (MEDICIÓN INTELIGENTE DE ENERGÍA), LA PUBLICACIÓN DEL TEXTO APROBADO EN SEGUNDO DEBATE POR LA CÁMARA DE REPRESENTANTES NO ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL NI ORGÁNICA PARA PROCEDER A LA CONFORMACIÓN Y AL TRABAJO DE LA COMISIÓN DE CONCILIACIÓN. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD CONSTITUCIONAL SE SATISFACE CON LA PUBLICACIÓN DEL INFORME DE CONCILIACIÓN MÍNIMO UN DÍA ANTES DE SU DEBATE Y APROBACIÓN

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 2099 DE 2021

(julio 10)

Por medio de la cual se dictan disposiciones para la transición energética, la dinamización del mercado energético, la reactivación económica del país y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 56. Las empresas prestadoras del servicio de energía deberán asumir los costos asociados a la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de los medidores inteligentes de los que trata la presente ley.

De ninguna manera este costo podrá ser trasladado al usuario en la facturación o cualquier otro medio.”⁸

2. Decisión

Primero. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-186 de 2022, por medio de la cual se declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Segundo. Declarar **executable**, por el cargo de violación de los principios de publicidad y consecutividad, el inciso 1° del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, “[p]or medio de la cual se dictan disposiciones para la transición energética, la dinamización del mercado energético, la reactivación económica del país y se dictan otras disposiciones”.

⁸ Inciso segundo declarado inexecutable mediante Sentencia C-186 de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

3. Síntesis de la providencia

3.1. La Sala Plena resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, en la cual se adujo que el Congreso de la República incurrió en un vicio de procedimiento en el trámite adelantado para su formación. El actor planteó el desconocimiento de los principios de publicidad y de consecutividad (Arts. 157.1 y 161 CP) por cuanto, sin haber sido publicado el texto definitivo que fue aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes en el proyecto de ley 365 de 2020 Senado – 565 de 2021 Cámara, se procedió a conformar una comisión de conciliación y la misma ejerció su competencia sin tener certeza oficial o conocimiento real por algún otro medio alternativo, de la existencia y contenido de las discrepancias entre los textos aprobados por las plenarias. Agregó que el informe de conciliación fue aprobado por los demás congresistas sin tener elementos de publicidad oficial o alternos para evaluar el trabajo de los conciliadores y proceder a decidir razonablemente su voto.

3.2. Adicionalmente, el demandante propuso dos cargos de fondo. El primero, relacionado con la vulneración a los principios constitucionales sobre el régimen tarifario de los servicios públicos (Arts. 365, 367 y 368 CP), debido a que la prohibición de trasladar a los usuarios en las facturas o por cualquier otro medio los costos de adquisición, instalación, mantenimiento y reparación los medidores inteligentes desconoce en las tarifas el criterio de recuperación de costos, lo que configura una gratuidad y un subsidio universal permanente para todos los usuarios del servicio de energía eléctrica que se opone a los principios de solidaridad, redistribución y eficacia económica.

3.3. El segundo cargo lo basó en que el Legislador excedió su competencia de regulación (Arts. 113 y 150 CP) al incorporar arbitrariamente una prohibición absoluta de trasladar los costos de la medición inteligente a los usuarios, en detrimento del criterio de recuperación de costos, la libre actividad económica y la iniciativa privada.

3.4. Como cuestiones previas a la solución del problema jurídico a resolver, la Corte Constitucional diferenció el alcance independiente de cada uno de los incisos que integran el artículo 56 de la Ley 2099 de 2021. Aunado a ello, identificó la configuración de la cosa juzgada *absoluta* y *formal* respecto del *inciso segundo* de la norma demandada, en tanto su declaratoria de inexecutable previa en la Sentencia C-186 de 2022 lo retiró del ordenamiento jurídico y los cargos de fondo que alegó el

demandante son similares en argumentos al que se estudió en esa oportunidad. Lo anterior llevó a la Corte a declarar *estarse a lo resuelto* en la Sentencia C-186 de 2022 respecto de la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, y a delimitar el análisis de constitucionalidad al presunto vicio de trámite legislativo y sobre el inciso 1° de la norma demandada.

3.5. De modo que la Sala Plena circunscribió el problema jurídico al siguiente: ¿se desconocieron los principios de publicidad y de consecutividad en el trámite legislativo del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, ante la tardía publicación *oficial* y la presunta falta de *certeza real* del texto aprobado en segundo debate por la plenaria de la Cámara de Representantes, al punto de afectar (i) la competencia para conformar la comisión de conciliación debido a presuntas dudas sobre la existencia de discrepancias; (ii) la integración y el trabajo adelantado por los conciliadores ante el supuesto desconocimiento de las divergencias; y, (iii) la debida conformación de la voluntad legislativa de las plenarias al momento de votar el informe de conciliación por carecer de elementos suficientes para evaluar la labor de los conciliadores y decidir razonablemente?

3.6. La Sala Plena concluyó que en el trámite legislativo que dio origen al artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, la tardía publicación oficial del texto aprobado en segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes no incidió en la competencia para conformar la comisión de conciliación ni en el trabajo que adelantaron los conciliadores por cuanto se contó con el *conocimiento previo y suficiente de la información* para establecer las discrepancias entre los textos aprobados en las plenarias, sumado a que no se desconocieron los principios de consecutividad y de *publicidad constitucional en sentido estricto* porque el informe de conciliación fue publicado con un día de anterioridad a su deliberación y aprobación por las plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, lo que permitió la debida conformación de la voluntad legislativa y el control ciudadano.

3.7. Como fundamentos principales de la decisión, la Corte estableció los tres momentos relevantes del trámite de conciliación así: (i) la conformación e integración de la comisión de conciliación; (ii) la habilitación de competencia y trabajo de los conciliadores designados; y, (iii) la deliberación y aprobación del informe de conciliación. Precisó que en los dos primeros momentos lo que se debe garantizar es la *publicidad* que permita acceder y contar con la información e insumos necesarios para tener conocimiento real sobre la existencia de las discrepancias en los textos aprobados en las cámaras respecto de un

proyecto de ley, y para que los conciliadores adquirieran el *conocimiento preciso, literal e integral* de las divergencias para proceder a la unificación de los textos y a preparar el informe de conciliación. En tal sentido, no existe una obligación constitucional ni orgánica de realizar la publicación oficial de los textos aprobados por las plenarios para dar curso a la conformación, integración y funcionamiento de la comisión accidental de conciliación. En las dinámicas del Congreso esos textos se han venido publicado para generar transparencia, pero no constituye un *requisito formal* para convocar y habilitar la competencia de dicha comisión, y menos le es aplicable la regla de publicidad fijada en el artículo 157.1 de la Constitución.

3.8. Luego de ello, explicó que es en el tercer momento donde surge la obligación de publicar -oficialmente o por mecanismos alternativos avalados- el informe de conciliación como mínimo con un día de anticipación a la consideración y aprobación en cada una de las plenarios, en tanto con ello se materializa el *principio de publicidad constitucional en sentido estricto* que consagra el inciso segundo del artículo 161 de la Constitución, que garantiza el pleno conocimiento y certeza de los congresistas sobre el texto sometido a deliberación y que será materia de votación, al igual que por parte de la ciudadanía.

3.9. Al amparo de lo anterior, la Sala Plena verificó que si bien el texto aprobado en segundo debate por la plenaria de la Cámara de Representantes fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 777 del 13 de julio de 2021, previa constancia emitida el 9 de julio de 2021 por el Secretario General de esa célula legislativa, lo cierto es que para la conformación de la comisión de conciliación el Presidente de la Cámara de Representantes adquirió el *conocimiento preciso, directo y real* de las discrepancias en tanto (i.i) estuvo presente y fue el director del debate en las sesiones del 17 y 18 de junio de 2021; (i.ii) firmó la proposición de artículo nuevo que dio origen a la norma demandada; y, (i.iii) contó con la información necesaria para estimar que surgieron discrepancias entre los textos aprobados en segundo debate por las plenarios.

3.10. Por su parte, el Presidente del Senado de la República adquirió el *conocimiento real* sobre la existencia de la discrepancia por la información que le fue suministrada por el Senador que obró como coordinador ponente, quien tenía la trazabilidad del proyecto de ley y además avaló las modificaciones que se introdujeron y aprobaron en Senado y Cámara, las cuales generaron las diferencias en los textos aprobados.

3.11. La Corte también constató que los dos conciliadores designados fueron ponentes del proyecto de ley y tenían conocimiento de las proposiciones aprobadas en ambas plenarias. Además, el Secretario General de la Cámara de Representantes indicó que los conciliadores tuvieron acceso integral y literal a la información necesaria para adelantar su trabajo, es decir, contaron con los insumos para determinar el texto exacto que fue aprobado en el Cámara de Representantes y que generó las discrepancias.

3.12. Finalmente, el principio de publicidad constitucional que es aplicable en sentido estricto a la etapa de deliberación y aprobación del informe de conciliación se cumplió a través del mecanismo oficial, esto es, mediante la publicación del informe de conciliación del 18 de junio de 2021, en las Gacetas del Congreso No. 699 y 709 del 19 de junio del mismo año. Significa que tal informe fue publicado un día antes de ser sometido a deliberación y votación en cada plenaria el 20 de junio de 2021, con lo cual se satisfizo la exigencia del artículo 161 de la Constitución. De esta forma, la Sala evidenció el cumplimiento de los principios de publicidad y de consecutividad en este asunto.

4. Aclaraciones de voto

Los magistrados **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** aclararon voto.

El magistrado **Jorge Enrique Ibáñez Najjar** se apartó de las consideraciones de la decisión ya que, a su juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 157 de la Constitución, el principio de publicidad es transversal a todo el proceso legislativo y, por lo tanto, aplicable al trámite de conformación y funcionamiento de la comisión accidental de conciliación prevista en el artículo 161 de la misma Carta. En la Sentencia C-481 de 2019, la Corte recalcó que, como presupuesto mínimo de la democracia deliberativa, los interlocutores del debate legislativo deben conocer los asuntos sobre los cuales han de expresar sus opiniones y votar. En consecuencia, previo a la conformación de la Comisión de Conciliación, y en todo caso, antes de la emisión del informe de conciliación, se debe haber efectuado la publicación -por medios oficiales o alternativos- de los textos aprobados por las plenarias de cada cámara, de tal forma que sea posible identificar las divergencias entre una y otra Cámara, con el objeto de determinar si ellas son sustanciales o no. Si las diferencias son sustanciales no cabe siquiera constituir comisiones de conciliación, porque en tales casos, conforme a lo previsto en los artículos 177 y 178 de la Ley 5 de 1992, tales diferencias obligan a

devolver el proyecto a primer debate en la respectiva Comisión y a surtir luego en su integridad el segundo debate, todo dentro de las oportunidades correspondientes según la clase de proceso legislativo. Si las diferencias no son sustanciales, cabe constituir la comisión de conciliación en los términos del artículo 161 de la Constitución y los artículos 186 a 189 de la citada Ley 5, pero es necesario saber de nuevo cuáles son las diferencias para determinar su competencia y evaluar las propuestas que ésta trae a las plenarias para repetir el segundo debate con el objeto de dirimir las diferencias entre una y otra Cámara.

El artículo 157 ordena que el proyecto sea publicado y como consecuencia de ello todos los textos que integran el *iter* legislativo, tanto que el inciso quinto del artículo 130 de la Ley 5 de 1992, orgánica del Congreso de la República, determina que las actas de las sesiones plenarias, comisiones, los proyectos de acto legislativo, los proyectos de ley, las ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo, deberán ser publicados en la Gaceta del Congreso, órgano de publicación de la Rama Legislativa, la cual se publicará en la página web de cada cámara y con esta publicación se dará por cumplido el requisito de publicidad. El mismo artículo establece que el área administrativa en coordinación con las Secretarías Generales y las Secretarías Generales de las Comisiones constitucionales y legales implementarán los mecanismos necesarios para que dicha publicación sea a la mayor brevedad posible ágil y eficiente.

Empero, contrario a lo previsto en el artículo 157 de la Constitución y a su desarrollo contenido en la Ley 5 de 1992, en cuanto precisamente regula el ejercicio de la función legislativa, la sentencia indica que no existe deber constitucional de dar publicidad a los textos aprobados por las plenarias antes de la conformación e integración de la comisión de conciliación y la habilitación de la competencia y trabajo de los conciliadores designados.

Para el Magistrado Ibáñez Najar esta regla no garantiza que los participantes en el debate legislativo conozcan con seguridad y exactitud los textos aprobados por las Cámaras, de manera que se trata de una garantía insuficiente de respeto del principio de publicidad. Lo anterior por cuanto: i) no permite garantizar que todos los congresistas sepan a ciencia cierta cuáles son las diferencias entre los textos aprobados en una y otra cámara y sobre qué deberán aprobar el informe de conciliación en las plenarias; ii) no permite garantizar que cualquier ciudadano pueda tener un texto oficial de lo aprobado en ambas plenarias que, a su turno, le permita criticar o avalar con conocimiento de causa el informe de conciliación que se publicará antes de la última

votación; iii puede significar una carga adicional para los congresistas, como la revisión de videos del debate; y, iv) crea el riesgo de que se den discusiones respecto de la conciliación que no corresponden a los textos aprobados o a los artículos divergentes, riesgo que aumenta en los casos en los que haya proyectos muy extensos y debatidos. Todo esto, a su turno constituye una amenaza al principio democrático, la transparencia y la racionalidad del proceso legislativo.

El magistrado **José Fernando Reyes Cuartas** presentó en este asunto aclaración de voto. En efecto, dado que la decisión de la Sala Plena reconoció la existencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-186 de 2022, el magistrado recordó su disidencia en relación con la postura de la Corte en esa decisión; en ese sentido, apoyó la decisión de la mayoría de la Corte en torno al reconocimiento de la cosa juzgada pero insistió en sus argumentos en contra de la posición de la mayoría tribunal en la Sentencia C-186 de 2022 en tanto que, la declaratoria de inexequibilidad de la norma objeto de control en esa oportunidad (inciso 2 del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021 implicaba una grave afectación del principio democrático y le impide al Congreso adoptar reglas enfocadas en concretar la función social de la empresa y el principio de solidaridad.

Finalmente, el magistrado **Antonio José Lizarazo** aclaró el voto respecto de la decisión adoptada pues, si bien, la comparte, considera que se debieron analizar de fondo la totalidad de los cargos, pues no es cierto que recaían específicamente en el inciso segundo del artículo 56 acusado -que fue declarado inexequible mediante sentencia C-186 de 2022- cuando era claro que los cargos fueron formulados respecto de la totalidad del artículo.

De haber analizado los cargos relacionados con la prohibición de que los prestadores del servicio de energía trasladen los costos asociados a la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación, de los medidores inteligentes" al usuario, en las facturas -o por cualquier otro medio-, la Sala hubiera podido precisar el alcance de dicha prohibición en el sentido de que no es un asunto que quede librado a su discrecionalidad pues, como lo puso de presente la CREG en su intervención, la financiación de los medidores inteligentes se encuentra asegurada en más de un 90% como consecuencia de los menores costos asociados a su lectura, mayores recaudos, tratamientos tributarios, etc.

Para el magistrado Lizarazo el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa en esta materia, en cuyo ejercicio podía adoptar la prohibición cuestionada, la cual no desconocía el criterio de

recuperación de los costos, sino que, por el contrario, lo tenía en cuenta al prohibir trasladar el valor de los medidores a los usuarios por la razón señalada, consistente en que tales costos resultan compensados por la disminución en los costos de operación y en los mayores recaudos, razón por la que pueden ser financiados con el recaudo actual de las tarifas sin necesidad de trasladarlos en la factura a los usuarios.

SENTENCIA SU-326 de 2022
M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar
Expediente T-7.835.841

LA CORTE DEJÓ EN FIRME LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, QUE DECLARÓ LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CIUDADANO ANTANAS MOCKUS SIVICKAS COMO SENADOR DE LA REPÚBLICA PARA EL PERÍODO CONSTITUCIONAL 2018-2022, POR HABER INCURRIDO EN LA INHABILIDAD DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 179.3 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

LA CORTE SEÑALÓ QUE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO QUE ENTENDIÓ QUE EL “PRIMER FALLO” QUE HIZO TRÁNSITO A COSA JUZGADA, EN LOS TÉRMINOS DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 1881 DE 2018, ES AQUEL DEBIDAMENTE EJECUTORIADO, RESULTABA VÁLIDA Y RAZONABLE

1. Decisión

La Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, revisó los fallos que resolvieron la acción de tutela promovida por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en contra de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y adoptó las siguientes determinaciones:

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

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

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

2. Antecedentes

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

En cada uno de ellos los demandantes alegaron que el Senador Antanas Mockus había violado la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, ya que, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección, se desempeñó como Presidente y Representante Legal de CORPOVISIONARIOS y, mientras ejercía tales funciones, dicha Corporación celebró dos Convenios de Asociación con entidades públicas del orden departamental y distrital.

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

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

En consecuencia, resolvió declarar la nulidad de la elección del señor Antanas Mockus, tras encontrar materializada de forma objetiva la causal de inhabilidad invocada en la demanda. A su juicio, la delegación de

funciones efectuada por el demandado al director Ejecutivo de CORPOVISIONARIOS no lo despojó de su condición de Representante Legal de dicha entidad, por lo que debía entenderse que sí celebró los contratos objeto de reproche, solo que lo hizo por interpuesta persona, es decir, a través de un tercero delegatario.

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

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

En cuanto al defecto fáctico, sostuvo que la Sección Quinta erró en la valoración probatoria porque, a pesar de lo consignado en los estatutos de CORPOVISIONARIOS, de la existencia de actos de delegación previos, de la práctica aceptada por las entidades públicas y privadas que habían contratado con esa corporación, en el sentido de que su Representante Legal era el Director Ejecutivo, concluyó, contra toda evidencia, que dicha delegación no era válida y que, por tanto, fue él quien a través de interpuesta persona celebró los convenios de asociación, lo cual, a su juicio, constituyó “una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.”

En lo que respecta al defecto sustantivo, alegó que el juez de lo electoral realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad relativa a la celebración de contratos, pues a pesar de que halló probado que el demandado no suscribió personalmente los aludidos convenios, concluyó que la delegación de funciones era asimilable a un contrato de mandato y, por lo mismo, se entendía que el director Ejecutivo había actuado en su representación.

De la acción de tutela conoció, en primera instancia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En Sentencia del 2 de julio del 2019 amparó los derechos fundamentales del actor y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo cuestionado. Impugnada dicha decisión, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió revocarla, mediante Sentencia del 21 de enero de 2020 y, en su lugar, declaró la improcedencia del amparo.

3. Síntesis de los fundamentos

En primer lugar, la Sala Plena advirtió la configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente, toda vez que el período constitucional para el cual fue elegido el señor Antanas Mockus terminó el 19 de julio de 2022. Sin embargo, de conformidad con las reglas definidas en la Sentencia SU-522 de 2019, decidió realizar un pronunciamiento de fondo, con el fin de avanzar en la comprensión de los derechos fundamentales en discusión y/o corregir las decisiones judiciales de instancia.

Luego de encontrar satisfechos todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte prosiguió con el estudio de fondo de la controversia. Para ello planteó la necesidad de resolver tres problemas jurídicos: 1) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los defectos orgánico y procedimental absoluto y, por esa vía, vulneró el derecho fundamental al debido proceso, en su garantía de non bis in idem, del señor Antanas Mockus, al no reconocerle efectos de cosa juzgada al fallo de primera instancia proferido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019 y, en consecuencia, proceder a dictar sentencia de única instancia, el 11 de abril de 2019, declarando la nulidad de su elección como congresista con fundamento en que el "primer fallo" no se encontraba en firme porque no se había resuelto el recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia?; 2) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un defecto fáctico, en su dimensión positiva, al determinar que la representación legal de CORPOVISIONARIOS estuvo radicada única y exclusivamente en su presidente, es decir, en el señor Antanas Mockus, no obstante que aquel delegó la facultad de representación en el director Ejecutivo de la entidad?; 3) ¿Incurrió la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en un defecto sustantivo, al concluir que la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179.3 de la Constitución se extiende al evento en que la celebración de contratos con una entidad pública se hubiese efectuado a través de un delegado?

Para resolver estos interrogantes, la Sala Plena i) hizo una breve caracterización de los defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico y sustantivo. Luego, ii) abordó las generalidades de las acciones públicas de nulidad electoral y de pérdida de investidura; iii) En segundo lugar, la Corte hizo una diferenciación entre el proceso de pérdida de investidura y el proceso de nulidad electoral en el cual se profirió la sentencia examinada. Aquí la Corte señaló que la acción de nulidad electoral no tiene por objeto juzgar la responsabilidad subjetiva del congresista y la decisión que la resuelva mucho menos tiene efectos estigmatizantes respecto del congresista cuya elección se declara nula. Por tal razón no es objeto de la acción electoral analizar si era o no reprochable su la conducta del congresista. iv) se refirió a la garantía constitucional del *non bis in ídem* y a su aplicación en los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura; v) explicó el contenido normativo del párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018; y, finalmente, dio solución al caso concreto.

Al resolver el primer problema jurídico, la Corte advirtió que no se configuraron los defectos orgánico y procedimental absoluto alegados por la parte actora, toda vez que la Sección Quinta del Consejo de Estado sí tenía competencia para dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral.

La Corte señaló que como podía advertirse de los antecedentes del caso revisado, sobre la interpretación y aplicación del citado párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018 y más concretamente sobre el sentido y alcance de la expresión "el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada", no existe una posición unificada, ni menos aún pacífica, en las Salas y Secciones del Consejo de Estado y que por tratarse de una interpretación acerca del sentido y alcance de la citada disposición legal para el ejercicio de las competencias del Consejo de Estado sea como juez de pérdida de investidura o como juez electoral, le corresponde a esa Corporación, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de las facultades de unificación de jurisprudencia, fijar la regla de unificación para determinar la aplicación de esta disposición legal. En todo caso, la Corte señaló, en sede de control concreto de constitucionalidad al revisar la decisión adoptada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado contra la cual se ejerció la acción de tutela, que en presencia de dos o más interpretaciones ya formuladas por primera vez tanto por la Sección Quinta como por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto de una norma por lo demás ambigua, solo le corresponde verificar por ahora si concurría o no la razonabilidad de la decisión adoptada.

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

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

En esta oportunidad, el fallo de primera instancia proferido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida el 19 de febrero de 2019 no se encontraba ejecutoriado y en firme porque había sido impugnado por la parte demandante en ejercicio del recurso de apelación. Por lo tanto, al existir la posibilidad de que, en segunda instancia, dicha decisión fuese variada o modificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, era razonable deducir que no podía predicarse de ella los efectos de la cosa juzgada.

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

De cualquier forma, la conclusión a la que arriba esta Corte en el caso examinado en sede de control concreto de constitucionalidad con

motivo del ejercicio de una acción de tutela contra providencia judicial que la Corte ha seleccionado para su revisión, de ningún modo puede entenderse como una regla imperativa sobre la interpretación del alcance del párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. La Sala Plena reconoce que es al Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al que le corresponde fijar, con criterio de autoridad, la interpretación autorizada de las normas legales que regulan los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, y de unificar la jurisprudencia en este ámbito, de considerarlo necesario.

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

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

los cuales igualmente se configura la inhabilidad para ser elegido congresista.

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

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

4. Salvamentos de voto

Los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y el conjuer **HUMBERTO SIERRA PORTO** salvaron su voto debido a que, en su criterio, en el presente caso la sentencia que anuló la elección como senador de la República del accionante violó sus derechos fundamentales al debido proceso, en su garantía de non bis in ídem, a la tutela judicial efectiva, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, al incurrir en varias causales específicas que habilitan la procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial cuestionada. Así mismo, por haber constatado que, como consecuencia de lo anterior y por el vencimiento del período para el cual fue elegido el accionante sin que pudiera ocupar la curul, se configuró una carencia actual de objeto por daño consumado.

1. A juicio de los magistrados Linares, Reyes y el conjuer Sierra Porto, se configuró un defecto orgánico y procedimental absoluto en relación con el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018. En ese sentido, manifestaron que el legislador buscó entregar mayores garantías para los demandados frente a un doble juzgamiento y precaver los conflictos que

se pudieran presentar entre las sentencias de ambos trámites, por ello la necesidad de crear la regla que dio prevalencia “al primer fallo” en el tiempo. Por tanto, contrario a lo manifestado por la posición mayoritaria, no es posible asegurar que el legislador hubiera pretendido que se tratara de providencias ejecutoriadas. En su criterio, la postura promovida en la sentencia conlleva a que necesariamente todas las sentencias de nulidad electoral contra los congresistas hagan tránsito a cosa juzgada frente a los casos de pérdida de investidura, debido a las profundas discrepancias en términos de caducidad y cantidad de instancias que determina la ley para dichos procedimientos.

Además, los magistrados Reyes y Linares y el conjuer Sierra Porto señalaron que, en el caso sub examine, pudo constatarse que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado excedió en gran medida los plazos legales para la resolución de la segunda instancia de acción de pérdida de investidura y ello ocasionó que la primera sentencia que cobró plena ejecutoria fuera la correspondiente al medio de control de nulidad electoral. De tal forma, la existencia misma de los derechos fundamentales del actor se supeditó a la diligencia del aparato jurisdiccional, lo cual es contrario a un entendimiento del derecho como un sistema de garantías. Ante situaciones de este talante, estimaron que la autoridad jurisdiccional debe hacer uso de una institución procesal genérica como la prejudicialidad, de cara a salvaguardar los derechos en pugna y la finalidad de la Ley 1881 de 2018.

2. En segundo lugar, los magistrados encontraron acreditado un defecto sustantivo en la providencia objeto de la petición de amparo, toda vez que realiza una aplicación extensiva de la causal de inhabilidad prevista en el art. 179.3 C. Pol., en abierta contradicción con el principio de interpretación restrictiva que rige en materia de inhabilidades e incompatibilidades, conforme a la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa.

Del mismo modo, no compartieron la aproximación realizada en la decisión adoptada por la mayoría, en relación con la aplicación de la delegación como concepto de derecho administrativo, pues este no resulta aplicable a las relaciones propias del derecho privado, como ocurre en el presente caso. Independientemente de la denominación de “delegación” efectuada en las actuaciones de Corpovisionarios, ello no confiere los atributos de la figura de delegación administrativa consagrada en el art. 9 de la Ley 489 de 1998. Por ende, no podía acudirse al régimen de responsabilidad de delegante y delegatario, como argumento fundamental en la aplicación extensiva de la causal

de inhabilidad, al analizar la situación del actor -quien fungía como representante legal- de cara a los contratos suscritos por el director ejecutivo de la referida organización. De esta manera, consideran que resulta errónea la posición mayoritaria de la Corte que decidió extrapolar los razonamientos de la jurisprudencia constitucional y normas de derecho público sobre la aplicación de la delegación administrativa a los escenarios en los que este instrumento se utiliza en las relaciones entre particulares, específicamente, al acto de delegación de funciones del Presidente y Representante Legal de una ESAL hacia el Director Ejecutivo de la entidad.

3. En tercera medida, advirtieron la configuración de un defecto factico a partir de la evidente contradicción entre el análisis efectuado por la posición mayoritaria de la Corte y las conclusiones a las que llegó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el examen de los supuestos de hecho que activan la causal de inhabilidad endilgada.

De tal manera, en criterio de los magistrados, el solo nombramiento como representante legal de Corpovisionarios, no se adecua al verbo rector determinado en la causal de inhabilidad aplicada en el fallo de nulidad electoral, el cual consiste en la “celebración de contratos”. Contrario a lo sostenido en la sentencia, los medios de prueba sobre los cuales se soportó la decisión cuestionada no demostraban que el accionante hubiese participado de manera activa, real, trascendente y útil en las actuaciones que derivaron en la celebración de contratos, los cuales, en todo caso, se trata de actos pre contractuales que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo dispuesto por la autoridad judicial accionada, no debían ser tenidos en cuenta para verificar si se configuró la inhabilidad. Aunado a ello, señalaron que no está demostrado que la organización administrara tributos o contribuciones parafiscales, ni que el accionante haya suscrito algún contrato en interés propio o en el de terceros. Al respecto, indicó que, conforme al acervo probatorio, los convenios fueron celebrados por el director ejecutivo de la Corporación sin ánimo de lucro.

4. Por último, los magistrados manifestaron su discrepancia frente a dos aspectos puntuales de la sentencia. El primero relacionado con la forma en que se abordó el análisis del requisito de la relevancia constitucional, pues se tuvo por acreditado a pesar de que el debate se dio en clave de interpretación de normas de rango legal, lo cual comportó una intervención injustificada en la esfera de competencia del juez de la nulidad electoral y, en efecto, un exceso de las competencias propias de la Corte. El segundo sobre la decisión de la parte mayoritaria de la Corte

de abstenerse de declarar la configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado. En su criterio, esto se tornaba necesario no sólo por la violación de los derechos fundamentales del accionante causada por la ocurrencia de los defectos mencionados, sino también ante la imposibilidad de garantizar el restablecimiento de los derechos vulnerados al accionante como consecuencia del vencimiento del período para el cual el accionante fue elegido congresista.

Así las cosas, los magistrados Reyes y Linares y el conjuer Sierra Porto consideraron que la interpretación adoptada por la Sala Plena en esta oportunidad, (i) vulnera los principios de dignidad humana, debido proceso y non bis in idem, así como las garantías a la tutela judicial efectiva y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, (ii) desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, (iii) desnaturaliza el principio *pro electoratem*, y (iv) abandona el telos de la Ley 1881 de 2018. En consecuencia, señalaron que procedía revocar la sentencia de tutela de segunda instancia, que declaró improcedente el amparo, y en su lugar, ante la constatación de que debió haberse concedido el amparo, declarar la configuración de la carencia actual por daño consumado.



CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia