



APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS EN EL TRÁMITE DE APROBACIÓN EN SEGUNDO DEBATE DE LA LEY 1666 DE 2013. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA ACORDADO ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA PRESERVA LA SOBERANÍA NACIONAL Y DESARROLLA PRINCIPIOS DE RECIPROCIDAD Y CONVENIENCIA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 226 DE LA CONSTITUCIÓN

I. EXPEDIENTE LAT-420 - SENTENCIA C-225/14 (Abril 2)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma revisada

LEY 1666 DE 2013 (julio 16), por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estado Unidos de América para el intercambio de información tributaria”, suscrito en Bogotá, el 30 de marzo de 2001.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el “Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de información tributaria”, suscrito en Bogotá D.C., el 30 de marzo de 2001.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1666 de 2013 “por medio de la cual se aprueba ‘Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de los Estado Unidos de América para el intercambio de información tributaria’, suscrito en Bogotá D.C., el 30 de marzo de 2001”.

3. Síntesis de los fundamentos

Examinado el trámite surtido frente a la iniciativa que se convirtió en la Ley 1666 de 2013, esta Corporación verificó que se cumplieron a cabalidad con las distintas etapas, requisitos y procedimientos exigidos por la Constitución y el Reglamento del Congreso, a pesar de las deficiencias que se encontraron en la plenaria del Senado de la República. En relación con la primera de ellas, esto es, el incumplimiento del lapso que debe mediar entre el primer y el segundo debate, se utilizó la atribución de corrección formal de los procedimientos que establece el artículo 2º de la Ley 5ª de 1992¹; mientras que, frente a la segunda, valga decir, la votación ordinaria por unanimidad pese a la manifestación de dos votos en contra, este Tribunal concluyó que, a la luz de las específicas circunstancias en las que se produjo, dicha irregularidad carece de la entidad suficiente como para constituir un vicio de procedimiento susceptible de afectar la validez de la ley, entre otras razones, porque el trámite fue respetuoso del proceso de formación de la voluntad democrática, no sólo porque la iniciativa contó con la aprobación de las comisiones conjuntas y de la plenaria de la Cámara de Representantes, sino también porque fue avalada por las mayorías requeridas por la plenaria del Senado del República, en un contexto particular y concreto, que redujo los efectos de la transgresión al deber de acreditar la unanimidad.

¹ La norma en cita dispone que: “**Artículo 2º. Principios e interpretación del reglamento. (...) 2. Corrección formal de los procedimientos.** Tiene por objeto subsanar los vicios de procedimiento que sean corregibles, en el entendido de que así se garantiza no sólo la constitucionalidad del proceso de formación de las leyes, sino también los derechos de las mayorías y las minorías y el ordenado adelantamiento de las discusiones y votaciones”.

En este orden de ideas, aunque la citada infracción constituye –en principio– un vicio de procedimiento, como recientemente lo declaró esta Corporación, es posible que a partir de las circunstancias específicas del contexto en el que éste se produjo, dicho defecto carezca de la entidad suficiente para afectar la validez de la ley, como ocurrió en el asunto sub examine. Precisamente, la Corte encontró que el aludido defecto se presentó al momento de repetir la votación, como consecuencia de la necesidad de subsanar la irregularidad de trámite referente al incumplimiento del plazo que debe mediar entre el primer y el segundo debate.

A partir de dicha circunstancia, el Tribunal pudo constatar que el contenido del proyecto permaneció inalterable a lo largo de todo el trámite legislativo, que la forma como se surtió el debate y la aprobación de esta iniciativa fue respetuosa de los derechos de las minorías y que existió una actitud diligente de la plenaria del Senado de la República dirigida a preservar la pulcritud, la transparencia y la integridad del trámite legislativo. Por lo demás, la manifestación de los dos votos en contra, no fueron el resultado de un desacuerdo total o parcial en relación con el texto del tratado, sino una declaración de principio predicable en general frente al manejo de las relaciones internacionales por parte del Gobierno Nacional. Con fundamento a lo expuesto, la Corte observó que no se afectó el proceso de formación de la voluntad democrática, cuando, además de lo anterior, también fue posible identificar las mayorías exigidas para aprobar el proyecto, ningún parlamentario cuestionó el resultado de la votación, ninguno de los senadores requirió que se llevara a cabo la votación nominal, no se presentaron constancias que dieran cuenta de la ocurrencia de alguna irregularidad y, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, fue posible determinar el sentido del voto de los senadores presentes al momento de aprobar la iniciativa.

Por otra parte, la Corte encontró que el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de información tributaria, se orienta al logro de un objetivo que resulta compatible con la Constitución, como lo es prevenir y combatir dentro de sus respectivas jurisdicciones la evasión y la elusión fiscal. Este objetivo, como se expuso a lo largo de esta sentencia, contribuye al fortalecimiento de las arcas del Estado, a la eficiencia del sistema tributario y a la realización del deber de contribuir dentro de los conceptos justicia y equidad, en los términos previstos en los artículos 95.9 y 189.20 del Texto Superior.

En lo referente al intercambio de información y a las formas previstas para tal efecto (información general, espontánea y específica), la Corte encontró que el Acuerdo es respetuoso de los derechos a la intimidad y al hábeas data, en un contexto acorde con el ejercicio de las facultades de fiscalización y vigilancia a cargo de las autoridades competentes en materia tributaria. Por lo demás, también observó que el Acuerdo preserva la soberanía nacional (CP art. 9), en tanto somete el cumplimiento de su objeto a la observancia plena de las reglas del derecho interno del Estado requerido.

La Corporación igualmente advirtió que el Acuerdo desarrolla los principios de reciprocidad y de conveniencia nacional consagrados en el artículo 226 de la Carta, no sólo en la delimitación de los tributos comprendidos en el convenio, sino también en las acciones previstas para asegurar su cumplimiento. Por último, la revisión de las distintas cláusulas acordadas por los Estados, le permitió a la Corte establecer su compatibilidad con los mandatos de la Constitución Política e, incluso, en algunos casos puntuales, con las reglas y principios del derecho internacional aceptados por Colombia, como ocurre, por ejemplo, con las normas referentes a su entrada en vigor.

4. Salvamentos y aclaración de voto

Los magistrados **María Victoria Calle Correa**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Luis Ernesto Vargas Silva** manifestaron su salvamento de voto respecto de la decisión de exequibilidad de la Ley 1666 de 2013.

Consideran que esta sentencia cambió inexplicablemente la jurisprudencia consolidada sobre la regla general de votación nominal y pública, la cual por lo tanto debió mantenerse. No obstante, estiman que el fallo del cual discrepan, sí introdujo una excepción no prevista en la ley, ni justificada tampoco por la Corte, a la regla constitucional de votación nominal y pública en el Parlamento (CP art 133).

Sostienen los magistrados disidentes que hace apenas tres semanas (el 11 de marzo de 2014) esta Corte adoptó por unanimidad, es decir, sin salvamentos de voto, la sentencia C-134 de 2014 (con aclaración de voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez), en la cual declaró inexecutable una ley aprobatoria de tratados que presentaba esta misma irregularidad. En esa ocasión, la ley aprobatoria de tratado sometida a revisión no había sido aprobada en plenaria del Senado por votación nominal y pública. La Corporación constató asimismo que tampoco se aprobó por unanimidad, por cuanto tres Senadores dejaron constancia expresa de su voto negativo. Al no haber entonces ni votación nominal y pública, ni tampoco unanimidad (pues la constancia de voto negativo desvirtúa por completo la unanimidad), la Corte identificó un vicio de inconstitucionalidad insubsanable y dijo:

“1.5. [...] La advertencia [de voto negativo] de los tres Senadores desvirtuaba la existencia de unanimidad en la votación, y por lo tanto, constituía un llamado para que se repitiera y se realizara de manera nominal y pública, como lo ordenan el Reglamento del Congreso y la Constitución Política.

1.6. La inexistencia de unanimidad, y la forma en que se ignoró la constancia de tres Senadores, que al manifestar su voto negativo, hacían necesaria la repetición de la votación, comporta un vicio de procedimiento.

[...]

1.8. En este caso, dado que no existía unanimidad con respecto al proyecto 175 de 2011 Senado, 232 de 2012 Cámara, la votación debió ser nominal y pública, en la plenaria del Senado, y no ordinaria, como en efecto se realizó. Tal omisión constituye una grave trasgresión a los principios de publicidad y transparencia, y a los derechos de las minorías parlamentarias. En consecuencia, supone un vicio en el procedimiento de formación de la ley susceptible de afectar su validez.”

Tres semanas después de esa decisión, y sin que hubiese un cambio en la Constitución, en el reglamento del Congreso, o en la materialidad de las circunstancias fácticas, la misma Corte que había considerado por unanimidad que en esa hipótesis había un vicio insubsanable, concluye ahora que no hay irregularidad, ni vicio, ni problema de constitucionalidad alguno. Es cierto que esta vez había algunas particularidades menores en el trámite legislativo. La Plenaria del Senado aprobó primero el proyecto de Ley pero este “fue anunciado y votado con anterioridad al plazo de ocho días que debe mediar para su aprobación entre el primer y el segundo debate (CP art. 160.1)”. En ese primer intento de aprobación, que fue como se dijo irregular, la votación no fue nominal y pública pero sí unánime. No obstante, la misma Plenaria advirtió la irregularidad y decidió corregirla más adelante. En un ese intento posterior, sin embargo, aunque de nuevo se sometió el proyecto a aprobación mediante votación ordinaria, dos senadores dejaron constancia de votación negativa. En palabras de la sentencia que se analiza, en ese segundo intento, la Plenaria del Senado le impartió su aprobación al proyecto mediante “votación ordinaria, con un quórum deliberatorio y decisorio **de 92 de 98 senadores**”. Pero en esa votación, lo mismo que en la votación irregular advertida en la sentencia C-134 de 2014, los congresistas mencionados “dejaron constancia de su voto negativo”, y luego no se repitió la votación para hacerla de manera nominal y pública.

Como se ve, es el mismo caso resuelto hace unas semanas en la sentencia C-134 de 2014, pero con la particularidad insustancial de que esta vez hubo, antes del vicio, una votación irregular que el Congreso subsanó. Esa diferencia es irrelevante y poco significativa, a juicio de quienes salvan su voto, al menos por dos razones. Primero, porque la votación anterior fue irregular, y aunque fue unánime, la segunda no lo fue en tanto hubo dos votos negativos, y ninguna se dio de manera nominal y pública. Segundo, en este caso, la primera votación irregular no logra subsanar la deficiencia de la segunda, en cuanto no ofrece datos suficientes para establecer quiénes votaron afirmativamente el proyecto de ley en la Plenaria en la cual se dejaron las dos constancias de voto negativo.

En este caso, dicen los magistrados **Calle, Palacio, Vargas y Mendoza**, no es suficiente con apelar al principio de ‘instrumentalidad de las formas’ para sostener que no hubo vicio. Según el principio de instrumentalidad de las formas, una infracción a las normas sobre procedimiento legislativo no se convierte en vicio cuando por otros medios se pueden obtener los mismos fines que persiguen las disposiciones violadas. En el caso de la votación nominal y pública, la finalidad que se persigue es darle completa transparencia y publicidad a la votación parlamentaria, de suerte que el elector o la ciudadanía pueda saber quiénes votaron y, de entre ellos, quiénes lo hicieron afirmativa o negativamente. Por lo mismo, el

principio de instrumentalidad de las formas autorizaría en este caso a concluir que no hubo vicio, sólo si existe otra manera de determinar el "resultado concreto" de la votación; es decir, el número de votos, y en especial quiénes votaron por el sí y quiénes por el no. En efecto, lo que ha dicho la Corte es que lo importante es que se pueda conocer el "resultado concreto" (es decir, **quiénes** votan por el sí y **quiénes** por el no), y no solamente el resultado abstracto (**cuántos** por el sí y **cuántos** por el no) (Auto 118 de 2013).

Sin embargo, en este caso no había elementos para determinar quiénes votaron por el sí (aun cuando se sabía, por la constancia expresa, quiénes lo hicieron por el no), de modo que el principio de instrumentalidad de las formas no convalidaba la manifiesta y reiterada irregularidad. En efecto, el Acta de la plenaria del día en el cual aparece el señalado vicio, no dice sino quiénes asistieron, y quiénes votaron negativamente, pero no quiénes lo hicieron afirmativamente. Se podría argüir contra esto que, pese a no decirlo expresamente, es posible inferir de las actas y certificaciones quiénes votaron afirmativamente el proyecto. La certificación del Secretario General del Senado dice que el quórum en esa sesión plenaria era de 92 senadores. Por lo mismo -según ese razonamiento- 90 senadores votaron afirmativamente el proyecto. ¿Quiénes eran esos senadores? La presunta inferencia diría que los presentes que no votaron negativamente. Es decir, los presentes excepto los senadores Jorge Enrique Robledo y Camilo Romero, que votaron negativamente. Sin embargo, esta conclusión es infundada, por varios motivos.

Primero, la certificación aportada por el Secretario General no es del todo exacta. Declara que el proyecto de ley en mención "se aprobó con un quórum deliberatorio y decisorio de 92 de 98 senadores". Esto, empero, no es consistente con las demás pruebas del proceso. En efecto, la mayoría de la Corte Constitucional acepta que el número total de integrantes del senado era, para la fecha de la Sesión Plenaria en cuestión, de máximo 98 senadores, y no de 102 que es el número constitucional. Esta cifra se sustenta en algo que la sentencia expresamente reconoce, y es la "imposibilidad de llenar las vacantes dejadas por Dilian Francisca Toro, Fuad Rapag Matar, Javier Cáceres Leal y Piedad Zucardi". Ahora bien, de esos 98 senadores que conformaban entonces el senado, un número de 7 no asistieron a la sesión plenaria de ese día, y de ello quedó constancia expresa en el Acta N° 70 de 2013, que corresponde a esa sesión Plenaria, contenida en la Gaceta No. 712 de 2013. Al comienzo de la sesión se dejó constancia expresa de que siete parlamentarios no asistirían: Gilma Jiménez, Alexandra Moreno Piraquive, Karime Mota y Morad, José David Name Cardozo, Alexánder López, Liliana Rendón y Milton Rodríguez. Es decir, que de 98 senadores, no asistieron 7, lo cual da como resultado una cifra máxima de 91 senadores asistentes, y de votos posibles. No podía entonces haber 92 votos, como lo dice la certificación del Secretario, sino a lo sumo 91. La certificación presenta pues un dato que erosiona su confiabilidad.

Segundo, de las Actas no puede inferirse que todos los asistentes a esa sesión plenaria hubiesen votado efectivamente el proyecto bajo examen. En el Acto consta que en otro asunto votado ese mismo día de manera nominal y pública (el informe de conciliación a un proyecto de ley), no participó la totalidad de los 91 senadores asistentes, sino que lo hicieron sólo algunos de ellos, específicamente solo 62 parlamentarios (54 de los cuales votaron por el sí, y 8 por el no). ¿Cómo saber, entonces, que este proyecto de LAT lo votaron todos los 91 presentes y no sólo algunos de ellos, como ocurrió con la aprobación de otro de los proyectos sometidos a consideración del senado ese mismo día? No había ningún elemento que condujera a la Sala a esa conclusión, y la certificación no era suficiente por la imprecisión clara que contenía, y minaba su confiabilidad.

La Corte, de acuerdo con los magistrados **Calle Correa, Palacio Palacio, Vargas Silva y Mendoza Martelo**, ha debido seguir no sólo la postura adoptada en la sentencia C-134 de 2014, y asumida reiterada y pacíficamente en otras decisiones, sino también los principios generales reconocidos como obligatorios en la jurisprudencia, de acuerdo con los cuales la votación nominal y pública es la regla general, y sólo admite excepciones estrictamente previstas en la Constitución y la ley, debidamente probadas. En este caso, la Sala Plena declaró exequible una ley que no fue aprobada ni por unanimidad (ya que hubo constancia de dos votos negativos), ni tampoco mediante votación nominal y pública (por cuanto no puede saberse con certidumbre quiénes en específico votaron afirmativamente), y por lo mismo introdujo una excepción a la regla constitucional de votación nominal y pública, que

no está prevista en la ley. Ahora bien, la Constitución dice que el voto de los congresistas "será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley" (CP art 133). Es la ley, como se ve, y no una mayoría de la Corte, la que puede introducir excepciones a la regla constitucional.

El conjuer **Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz** aclaró su voto, toda vez que si bien está de acuerdo con la declaración de exequibilidad de la Ley 1666 de 2013, por el aspecto formal, considera que los fundamentos que avalan la constitucionalidad del trámite legislativo surtido en este caso, son distintos a los que se exponen en esta sentencia, especialmente, en cuanto tiene que ver con la votación del respectivo proyecto de ley en la plenaria del Senado, la cual a su juicio, se ajusta a las normas del Reglamento del Congreso que regulan la votaciones ordinaria, nominal y secreta.