

RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR POR CONDUCTAS QUE NO CONSTITUYAN CORRUPCIÓN- Competencia / PRINCIPIO PRO HOMINE / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / DESTITUCIÓN DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ

A la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de Apolíticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción. En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o *pro hominem*, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. (...)No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor. Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera, bajo la interpretación preferente de los artículos 277.6 de la Constitución Política y 44.1 del CDU, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para afectar o limitar los derechos políticos de Gustavo Francisco Petro Urrego para elegir y ser elegido a la luz del ordenamiento jurídico interno, como tampoco frente al Derecho Convencional. La Sala enfatiza que el demandante tampoco fue objeto de reproche en la esfera de lo penal, pues el exalcalde Petro Urrego mantuvo incólume su presunción de inocencia a pesar de las sindicaciones que se le hicieron por la presunta comisión de delitos relacionados con las mismas circunstancias fácticas que sirvieron de sustento a las faltas que se le endilgaron.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la restricción de los derechos políticos de los empleados públicos, Corte Constitucional C -551 de 2003 y C-541 del 2010; SU-712, del 2013, y SU-355 2015, SU-712, del 2013

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS - ARTÍCULO 23 /HUMANOS, CADH CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 277 / CONSTITUCIÓN POLITICA– ARTÍCULO 278 / CONSTITUCIÓN POLITICA– ARTÍCULO / LEY 32 DE 1985 / LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLITICA– ARTÍCULO 250

RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLITICOS – Normatividad interna / RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS POLÍTICOS – Eventos

En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibídem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos. Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122, por la comisión de delitos y los artículos 172, 177 y 191, por razón de la nacionalidad y la edad. (...) La destitución e inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y, de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 40 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 45

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Definición

Al ser la Corte IDH un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la CADH, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de obligatoria observancia para los Estados Partes, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado como control de convencionalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 9 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 44,1

ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CONDUCTA - Vicios / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA / PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN OBJETIVA - No desconocimiento / CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECOLECCIÓN DE BASURAS

A juicio de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque la Procuraduría General de la Nación planteó, de manera detallada y precisa, la descripción típica prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, al señalar los principios de la contratación estatal y las disposiciones de rango legal que a su vez los desarrollaban, en todo caso los actos administrativos demandados son ilegales, porque hubo vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta, lo que se traduce en la atipicidad de la falta, como pasa a explicarse. Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada son: 1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual. 2. Que la participación sea en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa establecidos en la Constitución y en la ley. (...) La Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del

11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento. Es más, la misma Procuraduría General de la Nación reconoció que la administración no podía iniciar el proceso de licitación. Al respecto señaló que: “es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio del 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo”. (...) Para la Sala, entonces, a partir de las especiales situaciones a las que se vio abocado el Distrito Capital en la implementación de un nuevo modelo o esquema de aseo que integra: (i) las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Auto 275/11, (ii) el Programa Basura Cero y (iii) el esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, las decisiones adoptadas por el exalcalde Mayor de Bogotá, en particular en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, no transgredieron sus deberes funcionales y no se adecuaron a la descripción normativa de la falta disciplinaria que se le endilga.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 31

MOTIVACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA – Proceso de subsunción típica de la conducta / PROCESO DISCIPLINARIO – Principio de tipicidad

El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerrequisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción. La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma. Pero, en este caso, la Procuraduría General de la Nación, al efectuar este proceso de adecuación típica de los hechos a partir de los cuales efectuó la imputación al disciplinado, confundió su rol de autoridad disciplinaria de la conducta de los servidores públicos con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía. Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria. La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de

trámite, no integra el acto sancionatorio. Por las razones que anteceden, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo en cuanto impuso la sanción por la configuración de la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU por violación al principio de tipicidad.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 31

FALTA DISCIPLINARIA DE POR EJERCICIO FUNCIONES CON FINALIDAD DISTINTA A LA PREVISTA EN LA NORMA – No se deriva de la ilegalidad del acto administrativo / EJERCICIO FUNCIONES CON FINALIDAD DISTINTA A LA PREVISTA EN LA NORMA - Prueba

Frente a dicha falta disciplinaria se prevén los siguientes elementos: La existencia de una norma que otorga potestades al empleo o función (norma otorgante). El ejercicio de una potestad derivada del empleo o función (competencia del funcionario que puede ser material o funcional). Que dicho ejercicio se realice con una finalidad diferente a la prevista en la norma otorgante (desconocimiento de los fines de las normas que le sirven de fundamento a la actuación de la administración). El funcionario que disciplina debe advertir que el acto (o la actuación) se profirió con desconocimiento de los fines previstos en la norma que otorga la competencia, evidenciando así la relación de subordinación entre el funcionario (o quien ejerce la función pública) y el Estado, y el deber de obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa por el desconocimiento de un deber, con el objetivo de dirigir el comportamiento del funcionario al cumplimiento de la función con sujeción al “bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.)”. La falta establecida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU lleva implícito un control de la conducta de quien expide el acto o desarrolla la actuación, desde el derecho disciplinario, con ocasión de la finalidad u objetivos del acto frente a las normas que habilitan su expedición. De ahí que la norma hable de una finalidad distinta, pero debe hacerse énfasis en que dicho control se hace a partir del control disciplinario, esto es, que se debe atar al cumplimiento de los deberes funcionales. Esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que desvirtué la presunción de legalidad de un acto administrativo, competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, se advierte que toda ilegalidad de un acto administrativo, así sea decretada por la jurisdicción contenciosa administrativa, no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Para la Sala, en este caso, la adecuación típica de la falta sobre los presupuestos que señala el ente de control no se ajusta a los elementos integrantes del tipo, por las dos siguientes razones: La primera, porque el análisis en el cumplimiento de los deberes funcionales atribuidos al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo que corresponde a la prestación eficiente de los servicios públicos, no está condicionado por la legalidad de los actos administrativos que expida para tal fin, por lo que la Sala considera que la Procuraduría, en el juicio de adecuación típica de la falta, confundió el fin del acto con la causal de ilegalidad por presunta violación al principio de libertad de empresa. Quiere decir lo anterior que el ente de control debió demostrar que existía un interés ilegítimo por parte del Alcalde Mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo, interés que se traduce en el hecho de que con dicha medida se hubiera derivado un beneficio para sí o para un tercero, que se alejaba de los fines atribuidos al ejercicio de la función pública y a la prestación del servicio público de aseo en las condiciones y requerimientos exigidos a partir de lo previsto en la ley, por el juez constitucional. Se reitera, esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que, a partir de un análisis de

legalidad de un acto administrativo, como consecuencia necesaria, se establezca la responsabilidad disciplinaria, como quiera que toda ilegalidad de un acto administrativo no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Y la segunda, porque entre los elementos integrantes del tipo disciplinario, previsto en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, está el relacionado con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de las potestades conferidas por la norma habilitante. Si bien el fin del acto administrativo es un presupuesto de legalidad, su expedición, con desconocimiento de las normas de carácter superior en que debe fundarse, constituye otro presupuesto de legalidad al que no hace mención el tipo disciplinario.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 60

TESTIGO TÉCNICO – Valoración / SANA CRÍTICA

La Sala no puede dejar pasar por alto el error en que incurrió la Procuraduría General de la Nación al otorgar valor probatorio a la declaración del señor Samuel Prada Cobos, Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, que llegó al proceso sin mención previa y, además, como testigo técnico, sin serlo. El estudio de la Sala se justifica desde el punto de vista de la crítica frente al análisis y valoración probatoria, como quiera que, de forma reiterada, en el acto sancionatorio se acude a la calidad de testigo técnico del declarante, para tener como probado que, para cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional, no era necesario el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012. Se destaca, entonces, que según el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época de la actuación administrativa), el testigo solo puede exponer conceptos “cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”. En este sentido, el testigo adquiere la connotación de técnico. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de junio del 2015, definió al testigo técnico como “un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos [...] Dar la versión de cómo se percibieron los hechos implica que el testigo hubiese presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar”. En este orden de ideas, la Sala considera que el señor Samuel Prada Cobos emitió un concepto científico sobre unos hechos de los que no tuvo conocimiento directo, razón por la cual no tiene la calidad de testigo técnico. En efecto, a minuto 51:55 de su declaración, indica “no puedo hablar de Bogotá, es este sentido, porque es que no conozco lo que pasó allá”. Por otra parte, cuando el apoderado del disciplinado le pregunta: ¿existe alguna reglamentación nacional, no disposiciones de la Superintendencia, que son, digamos, de normatividad inferior, una reglamentación nacional en materia de libre competencia, en materia de aseo?, el testigo declara “Sí, claro, no la conozco en detalle, pero sí, claro, esto está regulado en la Constitución para abajo”. Así las cosas, la Procuraduría desconoció las normas procesales sobre la valoración de testimonios, al darle a la declaración del señor Prada Cobos el valor de un testigo técnico.

SANCIÓN DE DESTTUCIÓN E INHABILIDAD DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ / CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECOLECCIÓN DE BASURAS / RIESGO GRAVE A LA SALUD Y AL MEDIO AMBIENTE - Prueba

La Sala observa que la autoridad disciplinaria no llevó a cabo un ejercicio de interpretación o delimitación destinado a establecer lo que, en términos de la norma, constituiría un “riesgo grave” para el medio ambiente o la salud humana,

ingrediente especial del tipo disciplinario, como lo calificó la misma entidad. Como se dijo previamente, para determinar si la conducta del funcionario originó un riesgo grave para los bienes protegidos, era necesario en primer lugar determinar a partir de la situación en concreto, la noción de “riesgo” y los parámetros utilizados para evaluar su “gravedad”, pues lo contrario podría implicar una vulneración de los derechos al debido proceso del investigado. La Sala estima necesario recordar que si bien el funcionario disciplinario está facultado por un margen más amplio para determinar si la conducta objeto de reproche se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos disciplinarios, ello no lo habilita para desconocer las garantías mínimas del debido proceso. En otras palabras, el mencionado margen de adecuación, definido por el titular de la acción disciplinaria, constituye el marco de referencia para el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa en la actuación administrativa. Descendiendo al caso concreto, se tiene que el ente de control no llevó a cabo ningún esfuerzo por dotar de alcance y contenido el elemento “riesgo grave” que determina el tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del CDU. (...) El tenor literal del numeral 37 del artículo 48 del CDU califica como “grave” el riesgo que debe verificarse como consecuencia de la actuación del funcionario imputado, por lo que no bastaba con demostrar la existencia de “riesgos o impactos”, sino que debía comprobarse suficientemente que su intensidad y magnitud fue de tal entidad que implicó una seria amenaza para los bienes jurídicos protegidos. Por otra parte, si la Procuraduría consideraba que el informe presentado por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá adolecía de errores metodológicos y su imparcialidad estaba en duda podía acudir a otros medios probatorios que dieran cuenta de los hechos investigados. Aún más, si se tiene en cuenta que el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación tampoco brindaba certeza sobre la generación de un riesgo grave sobre el medio ambiente o la salud humana. (...) Adicionalmente, no podía perderse de vista que los dictámenes periciales practicados en el proceso administrativo fueron elaborados por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, dependencias adscritas al ente disciplinario y al despacho del que por entonces era titular el funcionario imputado, respectivamente, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, sí se erigía en una razón más para contar con el concepto técnico de la Universidad Nacional de Colombia, por lo que la negativa de decretar la práctica de la prueba pericial implicó una limitación de los derechos a la contradicción y de defensa, en la medida en que conllevó la imposibilidad de controvertir y refutar con argumentos técnicos y científicos las consideraciones y conclusiones contenidas en el dictamen. La Sala reitera que, si bien el funcionario disciplinario cuenta con un amplio espectro para determinar si una conducta encaja en el tipo disciplinario imputado, esto no significa que le sea permitido adoptar decisiones que desconocen el derecho al debido proceso y que el marco de definición de los elementos del tipo disciplinario constituye el campo en que el investigado ejerce las garantías inherentes al debido proceso en la actuación administrativa. En este cargo, la falta de tipicidad prospera toda vez que hubo deficiencias en el juicio de adecuación típica realizado, en la medida en que el acto sancionatorio no delimitó el elemento integrante del tipo disciplinario (la existencia de un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente causado por la actuación del funcionario), ni estableció con claridad cuál fue la magnitud de los riesgos y cómo se encuadraban estos en los tipos de impacto definidos por el dictamen pericial antes citado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 37

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, mediante apoderado, instauró ante esta Corporación demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre del 2013 y 13 de enero del 2014 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los que se declaró, respectivamente, responsable disciplinariamente al demandante y se lo sancionó con destitución e inhabilidad general por quince (15) años, y se confirmó en sede de reposición.

1. PRETENSIONES

En la demanda se piden las siguientes:

Declaraciones

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 9 de diciembre del 2013 y el 13 de enero del 2014.
2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del demandante al cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
3. Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación anular del registro de

antecedentes disciplinarios la anotación correspondiente a la sanción disciplinaria impuesta en contra del demandante, si se efectuó dicho reporte.

Condenas

1. Que se condene a la demandada a pagar al demandante todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta cuando se produzca su reintegro.
2. Que estas condenas sean actualizadas atendiendo a la variación del IPC, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

2. HECHOS

Como hechos relevantes de la demanda, se resaltan los siguientes¹:

El actor señala que, como resultado de la investigación disciplinaria que cursó en su contra como Alcalde Mayor de Bogotá, fue sancionado mediante acto del 9 de diciembre del 2013, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión que se confirmó por la misma Sala el 13 de enero del 2014.

Indica que, por esos hechos, interpuso una acción de tutela ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que fue negada, y que para proteger sus derechos políticos solicitó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el otorgamiento de medidas cautelares, que fueron concedidas. Sin embargo, el Gobierno Nacional lo destituyó mediante Decreto 570 del 20 de marzo del 2014.

Los sustentos fácticos de las pretensiones se resumirán de manera integrada con los cargos expuestos en el concepto de violación.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor cita como violados los artículos 29, 40, 103, 259, 277, 278, 315, 365, 366, 367, 368, 369 y 370, de la Constitución Política; 4, 5, 6, 9, 13, 14, 18, 20, 23, 28, 84, 86, 87, 94, 128, 129, 132, 141 y 142, de la Ley 734 del 2002; 35, 38, 39 y 163, del Decreto Ley 1421 de 1993; 5 núm. 5.1, 14 núm. 14.5, 17, 18 y 40 de la Ley 142 de 1994; 209, 210 y 211 de la Ley 489 de 1998; 33, de la Ley 1551 del 2013; 7 (nums. 5 y 21), 9 y 22, del Decreto 262 del 2000, y 23, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo concepto de violación desarrolló a través

¹ Folios 556 a 636, c. ppal.

de los cargos de: i) violación directa de la Constitución Política, ii) violación de normas internacionales, iii) violación directa de la ley, iv) inexistencia de ilicitud sustancial, v) ausencia de culpabilidad, vi) inexistencia de tipicidad, vii) falsa motivación y viii) desviación de poder.

3.1. Violación directa de la Constitución Política

3.1.1. Violación del derecho al debido proceso

- **Nulidad de los actos demandados por falta de competencia**

Porque la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (i) se arrogó el ejercicio del control político propio del Constituyente Primario y, por delegación, al Concejo de Bogotá, al reprochar la adopción de la política pública de implementación del programa Basura Cero, parte del Plan de Desarrollo de Bogotá Humana; (ii) usurpó la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al determinar la ilegalidad de los Decretos 564 y 570 del 2012, proferidos por el Alcalde de Bogotá, que establecieron, respectivamente, el régimen transitorio del esquema de recolección de residuos y la declaratoria de emergencia amarilla.

Porque el Procurador General de la Nación no podía delegar a la Sala Disciplinaria la facultad de sancionar al disciplinado, por ser indelegable, según el artículo 278.1 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 7.22 del Decreto 262 del 2000, que otorga al Procurador la competencia, en única instancia, de los procesos disciplinarios contra el Alcalde Mayor de Bogotá. Controvierte, al amparo del artículo 278 C.P., “que la desvinculación del cargo del doctor Gustavo Petro se produce por faltas correspondientes a la infracción **de manera manifiesta a la Constitución o la ley**”.

Porque se desconoció el principio de competencia vertical, pues, pese a la jerarquía del Alcalde, fue sancionado por funcionarios de la Sala Disciplinaria.

- **Nulidad de los actos por violación en el trámite de las recusaciones**

Porque la Procuraduría resolvió las recusaciones presentadas por el actor el 30 de diciembre del 2013, y no corrió traslado de las decisiones para que los sujetos procesales se pronunciaran al respecto.

- **Nulidad por violación al principio de imparcialidad y a la presunción de inocencia**

Porque la Sala Disciplinaria prejuzgó e impidió la defensa del disciplinado, pues desde el pliego de cargos se señaló su responsabilidad, en contravía de la presunción de inocencia. Además, porque la entidad demandada consideró que el contrato interadministrativo era irregular, sin que existiera una sentencia que declarara su nulidad, por lo que incurrió en un prejuzgamiento en dicha etapa de la actuación, sin que variara en el acto sancionatorio.

Porque no se tuvieron en cuenta las pruebas que favorecían la defensa del disciplinado, de las que se podía inferir una duda razonable sobre la comisión de las faltas disciplinarias o justificaban la conducta del Alcalde Mayor y lo exoneraban de responsabilidad.

Porque la demandada no valoró ninguna de las pruebas que podían demostrar que la verdadera causa de la crisis en la recolección de basuras en los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, en la ciudad de Bogotá, fue la conducta de los operadores privados en los días previos, como lo constata la comunicación del Defensor del Pueblo del 20 de diciembre del 2012² y el reporte estadístico del relleno sanitario, y no la suscripción de los convenios interadministrativos, la expedición del Decreto 564 del 2012 o del Decreto 570 del 2012, ni la presunta incapacidad de Aguas de Bogotá o de la EAAB, empresa que sí tenía la experiencia y capacidad para prestar el servicio de aseo³, con la única salvedad de que los vehículos compactadores que se iban a utilizar eran los propios del Distrito que estaban en poder de los operadores privados. Adicionalmente, se observó que se requerían equipos nuevos y, ante las eventuales dificultades de la reversión de los compactadores en poder de los operadores privados, se acudió al alquiler de vehículos.

3.1.2. Violación de los artículos 40, 103 y 259 de la Constitución Política

Considera que como el actor fue elegido por votación popular se debe respetar la voluntad de los ciudadanos que lo eligieron y su derecho fundamental a que “su remplazo se lleve a cabo de conformidad con el procedimiento establecido”⁴.

Los actos administrativos son nulos, porque violan los derechos políticos de los

² Fol. 18, cuaderno principal de la actuación administrativa.

³ Al respecto, cita los testimonios de Carlos Alberto Acero y Darío Beltrán.

⁴ Folio 596.

electores del Alcalde, de quienes impulsan la revocatoria de su mandato y el propio derecho fundamental a ejercer cargos públicos.

3.2. Violación de normas internacionales

Con fundamento en el artículo 93 Constitucional, y teniendo en cuenta que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los derechos políticos de los ciudadanos solamente pueden limitarse en un proceso penal por un juez competente, la entidad demandada violó dicha Convención, pues, sin tener competencia, restringió los derechos políticos del demandante, al imponer la sanción de inhabilidad por el término de 15 años. Actuación que también transgrede el artículo 21 de la Ley 734 del 2002, por el cual “en lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos”.

3.3. Violación directa de la ley

Según el actor, los actos demandados desconocen la Ley 734 del 2002, pues “la omisión en el ejercicio de la competencia directa asignada constitucionalmente al Procurador General de la Nación” viola el principio de titularidad de la acción disciplinaria (arts. 2 y 3).

3.4. Inexistencia de ilicitud sustancial

Según el actor, los actos demandados son nulos porque no se observó el principio de ilicitud sustancial previsto en el artículo 5 del CDU, según el cual “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, pues no solo debió observarse la contradicción entre la conducta y la norma, sino que debió verificarse que aquella desconoció la finalidad para la cual se estableció el deber.

3.5. Ausencia de culpabilidad

El actor expone que, conforme con el artículo 13 del CDU, “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”. Sin embargo, en el presente caso, aunque se consideró que el disciplinado actuó a título de dolo y culpa, al sancionarlo no se tuvo en cuenta la participación de terceros en los hechos materia de investigación, lo cual contravino, igualmente, el principio de presunción de inocencia (artículos 29 de la CP y 9 del CDU), pues a la demandada le correspondía probar la

responsabilidad del disciplinado y no al sancionado demostrar su inocencia⁵.

Señala que, contrario a lo estimado por el operador disciplinario, la implementación transitoria del esquema de recolección de basuras estuvo desprovista de “malas intenciones y de dolo”. El Alcalde “tuvo una intención clara y precisa de beneficio a la comunidad en general, de la administración distrital y del cumplimiento de funciones”⁶. Sin embargo, en la actuación demandada no hubo un estudio ni argumentación sobre la culpabilidad del actor, sino que de “manera tajante” se estableció el dolo.

3.6. Inexistencia de tipicidad

Sostiene que desde el pliego de cargos se le endilgó una falta gravísima, sin que se contara con un concepto de violación, claro y preciso, ni un verdadero análisis de la conducta, que, además, fue erradamente calificada, pues “plenamente está encuadrada en una falta grave o leve si se hace un estudio serio y ponderado de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta”⁷.

Expresa que no se realizó un adecuado juicio de tipificación de las conductas del disciplinado, pues no se probó la existencia de la falta disciplinaria ni su relación con el deber funcional, lo que llevó a que se hiciera la imputación de una falta gravísima, que “solamente es aplicable a hechos de alta y refinada corrupción, pero aquí la Sala Disciplinaria de manera desbordada y desproporcionada llega a una sanción de destitución e inhabilidad de 15 años para desempeñar cargos públicos, como si se tratara de un delincuente peligrosísimo”⁸.

3.7. Falsa motivación

Alega que los actos demandados están falsamente motivados (i) por error de hecho, pues hacen referencia a unos hechos hipotéticos, como el daño que pudo causar la política del Alcalde, y (ii) por error de derecho, porque la autoridad disciplinaria se atribuyó funciones propias de los ciudadanos y del Concejo de la ciudad, “por ser estos los competentes constitucionales para ejercer control político sobre las actuaciones que se generan en la implementación de un plan de gobierno”⁹. Cuestiona que la demandada hubiera asumido una competencia para

⁵ En este sentido, cita la sentencia del 14 de febrero del 2011, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, M.P. Luis Rafael Vergara.

⁶ Folio 615.

⁷ Folio 616.

⁸ Folio 621.

⁹ Folio 625.

controlar disciplinariamente al Alcalde Mayor de Bogotá, por la implementación de una política pública -Basura Cero-, que se orientó a cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional.

Señala que la Procuraduría General de la Nación tampoco tenía competencia para efectuar un control de legalidad del Decreto 564 del 2012, que implementó el programa Basura Cero, que, por lo demás, fue declarado legal por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá en sentencia del 12 de febrero del 2014.

3.8. Desviación de poder

A juicio del demandante, el ente de control tramitó un proceso disciplinario con un propósito ajeno a su función, que fue sancionar la ejecución de la política pública sobre la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Que tampoco tenía la potestad de juzgar la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Alcalde para implementar el esquema de recolección de basuras y “la declaratoria de emergencia amarilla que habilitó al Distrito para usar las volquetas que recogieron los desperdicios de la ciudad hasta que (sic) se conseguían los vehículos adecuados”¹⁰.

Así mismo, considera que se incurrió en desviación de poder, porque (i) utilizó sus competencias para realizar el control político de las decisiones del gobierno distrital en el esquema de recolección de basuras y (ii) estableció la violación al principio de la libre competencia, sin estar facultado para ello.

Indica que no se puede usar el poder disciplinario para imponer una voluntad en asuntos en los que se admiten diferentes posturas ideológicas. La función disciplinaria de las autoridades se debe orientar a la lucha contra la corrupción y a la salvaguarda de la moral administrativa. Sin embargo, “los juicios abiertos sobre la base de las supuestas violaciones de los principios disciplinarios de la función administrativa que aparentemente inspiran las disposiciones del mal llamado Código Disciplinario Único no sirven para cogobernar ni para coadministrar”¹¹.

4. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y DECISIÓN DE MEDIDA CAUTELAR

La demanda fue admitida mediante auto del 10 de abril del 2014¹² y, por auto del

¹⁰ Folio 631.

¹¹ Folio 618.

¹² Folios 642 a 649.

13 de mayo del 2014¹³, se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados, por cuanto la sanción se imputó a título de dolo bajo argumentos que no constituían una motivación que, de manera razonable y con suficiencia probatoria, permitiera atribuir, sin dubitación alguna, una falta disciplinaria de esa naturaleza.

Esta decisión fue confirmada mediante auto del 17 de marzo del 2015¹⁴ por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso de súplica presentado por la Procuraduría General de la Nación como entidad accionada.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado, la Procuraduría General de la Nación contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las siguientes razones¹⁵:

5.1. De la competencia de la Procuraduría General de la Nación

Defendió la **competencia de la Procuraduría para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a funcionarios elegidos popularmente**, con fundamento en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el fallo del 5 de marzo del 2014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que definió el tema al resolver la acción de tutela presentada por el demandante¹⁶.

Así mismo, por cuanto la Corte Constitucional, en sentencias C-028 del 2006 y SU-712 del 2013, interpretó la facultad disciplinaria de imponer sanciones de destitución e inhabilidad a funcionarios de elección popular. Sin que haya un desconocimiento del artículo 23 CADH, pues el artículo 30 de la misma convención “permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al ejercicio de derechos y libertades lo haga atendiendo a razones de interés general, lo cual acontece en el caso del derecho disciplinario”.

Por otra parte, considera que no se configura una falta de **competencia de la**

¹³ Folios 209-249, Cuaderno de Medidas Cautelares.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 17 de marzo del 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Folios 581 a 660.

¹⁵ Folios 845 a 912 del cuaderno principal.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de marzo del 2014, proceso con radicado No. 2014-06871.

Procuraduría General de la Nación para sancionar conductas relacionadas con la adopción o ejecución de políticas públicas, pues los controles político (art. 40 CP) y disciplinario (art. 277.6 CP), ejercidos por dicha entidad, si bien son autónomos, no son excluyentes y corresponden a las formas heterogéneas previstas en la Constitución Política para el ejercicio de la vigilancia de la función pública, como lo estipuló la Corte en la sentencia C-107 del 2013.

Por último, controvierte **la falta de competencia de la Sala Disciplinaria**, alegada por el actor, pues la facultad de delegación del Procurador General de la Nación en dicha Sala está prevista en el inciso 3 del párrafo del artículo 7, en concordancia con el numeral 22, del Decreto 262 del 2000, delegación avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-429 del 2001. Además, por cuanto las faltas por las que fue sancionado el actor no están previstas en el numeral 1º del artículo 278 de la Constitución Política.

5.2. Del derecho al debido proceso

No se violó el debido proceso, porque los testimonios que, según el actor, tenían la vocación de desvirtuar la responsabilidad del Alcalde fueron solicitados después de que se profirió el acto sancionatorio de única instancia, hecho que constituye una omisión de la parte accionante y que no es atribuible a la demandada.

Además, la prueba testimonial no era necesaria, pues la responsabilidad del sancionado no se estableció a partir de la injerencia de terceros, y los hechos relativos al “supuesto complot de las basuras por parte de operadores privados antes del 18 de diciembre del 2012 fue una situación sobre la cual los sujetos procesales se refirieron de manera amplia y profunda en varias oportunidades dentro del proceso”.

Así mismo, las recusaciones formuladas por el demandante contra el Procurador General de la Nación, la Viceprocuradora General de la Nación y la Sala Disciplinaria fueron tramitadas y decididas conforme a derecho.

No se violó el debido proceso, por cuanto la sanción impuesta al demandante fue proporcional al concurso de faltas gravísimas.

5.3 De la falta disciplinaria. La tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad

5.3.1 Sobre la primera falta (Artículo 48, numeral 31 del CDU), señala que era legal la sanción, porque se probó que el Alcalde decidió que dos entidades “sin

ninguna experiencia y capacidad, asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad capital”, lo que se materializó en la suscripción de contratos interadministrativos donde no se respetó del principio de selección objetiva. Que las empresas del Distrito nunca habían prestado el servicio de aseo en la forma que se requería a partir del 18 de diciembre del 2012. Que “tan cierto es lo anterior, que la EAAB, mediante el Acuerdo No. 12 del 5 de septiembre del 2012, cambió su objeto social para poder prestar el servicio. Es decir, antes del 5 de septiembre del 2012, desde el punto de vista jurídico, la EAAB no podía prestar el servicio de aseo con todos sus componentes, entre ellos, la recolección, transferencia y tratamiento de residuos sólidos”¹⁷.

Así mismo, se tuvo en cuenta “el caos administrativo, la inversión y mala utilización de cuantiosos recursos del Distrito y el riesgo de que algunos de ellos estén al borde de perderse, producto de la falta de experiencia y la capacidad”¹⁸.

5.3.2. La segunda falta (Artículo 48, numeral 60 del CDU) se estructuró sobre la conducta del Alcalde al expedir el Decreto 564 del 2012, por el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en Bogotá, que el acto sancionatorio calificó como “contrario al ordenamiento jurídico”, en tanto que “violó el principio constitucional de la libertad de empresa”, pues impidió que empresas diferentes a las distritales prestaran, en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo, desde el 18 de diciembre del 2012.

Expresa que los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 del 2012 restringieron y limitaron la libertad de empresa, “como se lo advirtieron varias entidades y organismos de control en numerosas oportunidades al señor Alcalde Mayor de Bogotá y a sus cercanos funcionarios y colaboradores. De manera especial deben destacarse las múltiples advertencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”¹⁹.

Controvierte el argumento según el cual la actuación del Alcalde tenía por objeto cumplir las órdenes proferidas por la Corte Constitucional, pues el plan de inclusión presentado ante la Corte en marzo del 2012 no preveía que un operador público prestara el servicio de aseo.

5.3.3. Sobre la tercera falta (Artículo 48, numeral 37 del CDU), explica que la

¹⁷ Folio 875.

¹⁸ Folio 876.

¹⁹ Folios 872 a 873.

sanción tuvo como fundamento la expedición del Decreto 570 del 2012, para autorizar el uso de volquetas “con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios”. La conducta del Alcalde fue contraria a la correcta prestación del servicio de aseo, en el programa de Basura Cero, en tanto que “se autorizó el uso de volquetas cuando era obligatorio el uso de vehículos compactadores, situación que generó que en la ciudad de Bogotá se dejaran de recoger durante tres días del mes de diciembre del 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos”²⁰, poniendo en riesgo la salud y el medio ambiente.

5.4. La ilicitud sustancial

Señala que, tratándose del derecho disciplinario, las faltas disciplinarias son de mera conducta, de modo que no se requiere que se ocasione un daño, sino que “basta con defraudar un deber funcional para estar inmerso en la comisión del injusto disciplinario”. Sobre el punto, cita la sentencia C-948 del 2002, que estudió la exequibilidad del artículo 5 de la Ley 734 del 2002, relativo a la ilicitud sustancial.

5.5. La culpabilidad

Reafirma la calificación del actuar doloso del entonces Alcalde en la comisión de las dos primeras faltas, pues “conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo [...] Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, aspecto que se evidenció en la forma como determinó al entonces director de la UAESP y a los gerentes de la EAAB y de la empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los contratos interadministrativos 017 y 809 del 2012, los cuales fueron totalmente irregulares, porque ninguna de estas empresas contaba con la experiencia y la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio público de aseo en la ciudad capital”²¹.

Así, se demostró que existieron múltiples advertencias y recomendaciones, de diferentes entidades del orden nacional y distrital, en las que se expusieron elementos de juicio sobre la falta de experiencia y capacidad de las entidades del Distrito para asumir la prestación del servicio público de aseo.

²⁰ Folio 885.

²¹ Folio 889.

Resalta que el actor actuó voluntariamente, que era conocedor de los hechos y la ilicitud de su conducta “y más cuando en muchas de sus mismas explicaciones refirió que una de las razones para su decisión fue ‘descartelizar’ a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su deber”²².

Sostiene que la valoración sobre el dolo, llevada a cabo en los actos sancionatorios disciplinarios para las faltas primera y segunda, “tuvo en cuenta el comportamiento voluntario en el obrar del disciplinado en cuanto a su querer en la asunción del servicio público de aseo por empresas del distrito, al igual que apreció de manera determinante el conocimiento que precedía el obrar contrario a sus deberes funcionales”²³.

Respecto de la tercera falta, imputada a título de culpa gravísima, indica que el actor sabía que con la expedición del Decreto 570 del 2012, al autorizar el uso de volquetas, no se cumplía con las condiciones exigidas en los Decretos 948 de 1995 y 1713 del 2002.

5.6. De los hechos alegados por el actor como eximentes de responsabilidad

Explica que el presunto “complot” de los operadores privados contra el esquema de recolección de basuras fue un debate resuelto en los fallos disciplinarios y descartada su pertinencia.

Anota que no existen las diferentes interpretaciones sobre la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo, pues las normas son claras y no permiten la restricción de la participación de las empresas privadas, como lo hizo el modelo impuesto por el Alcalde.

Señala que, en criterio del actor, el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012 consagra la posibilidad de que los municipios o los distritos presten directamente el servicio público, como lo disponen los artículos 6 y 14 de la Ley 142 de 1994. No obstante, para la entidad accionada, las condiciones establecidas en estas normas no se acreditaron, en tanto que “en la ciudad existían para la época varias empresas con capacidad para prestar el servicio de recolección de basuras”.

²² Folio 890.

²³ Folios 895 a 896.

Por otra parte, expone que el cumplimiento de las órdenes proferidas por la Corte Constitucional dirigidas a la inclusión de la población recicladora en la prestación del servicio de aseo no es un eximente de responsabilidad, toda vez que no se analizó el Auto 275 del 2011 y el alcance de sus órdenes, en el que la Corte fue reiterativa “en señalar que en la ciudad de Bogotá regía la libre competencia desde el 15 de septiembre del 2011, fecha en la que finalizaron los contratos de concesión de las áreas de servicio exclusivo”²⁴. En lo anterior, debe diferenciarse entre: i) el modelo de prestación de residuos aprovechables y ii) el modelo de recolección, barrido y limpieza de residuos no aprovechables, pues, según la Corte, el primero debe manejarlo la población recicladora, pero el segundo sí se rige por la libertad de competencia. Además, la Corte no impuso ningún esquema en particular, ni habilitó al Distrito para crear uno diferente a los dos previstos en la ley. Agrega que las acciones afirmativas a favor de la población recicladora no son contrarias a la libertad de competencia o a la concesión de áreas de servicio exclusivo.

6. DE LA AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

El 5 de abril del 2016, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, se realizó la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde las partes se pronunciaron así:

6.1 Parte demandante

Reiteró los argumentos centrales de la demanda y solicita que, en virtud del control de convencionalidad, se dé aplicación al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de establecer que un funcionario de elección popular solo puede ser privado de sus derechos políticos mediante una sentencia de un juez penal.

6.2 Parte demandada

Defiende nuevamente la competencia de la Sala Disciplinaria y la legalidad de las faltas imputadas al demandante. Explica que la Corte Constitucional, en la sentencia C-028 del 2006, definió la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos frente a la competencia de la

²⁴ Folio 907.

Procuraduría General de la Nación, sin que se pueda pretender “una suerte de inmunidad disciplinaria a favor del electo popularmente” (48: 44).

6.3 Ministerio Público

El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En primer término, considera que la Procuraduría General de la Nación sí tiene competencia para imponer sanciones disciplinarias, conforme con los planteamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la tutela del 5 de marzo del 2014, que rechazó por improcedente el amparo solicitado por el demandante. Además, indica que el tema ya fue desestimado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-028 del 2006, sobre todo la alegada violación de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23). Explica que la conclusión final en este proceso constitucional fue que la facultad que le entregó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al Artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.

Señala que la Procuraduría General de la Nación respetó las formas propias de este juicio disciplinario, resolvió todos los argumentos de la defensa, desarrolló las conductas endilgadas en el pliego de cargos y respetó el principio de contradicción de la prueba.

Considera que los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, toda vez que a este procedimiento no se le atribuyó la naturaleza especial del artículo 278.1 de la Carta Política, pues la sanción impuesta se enmarcó en la competencia general prevista en el artículo 277 ídem.

A su juicio, no es de recibo el argumento del demandante de actuar en cumplimiento de órdenes judiciales, como el Auto 275 del 2011 de la Corte Constitucional, pues si bien dicha Corte exhorta a la administración distrital al cumplimiento de unas obligaciones, ello no supone la posibilidad de transgredir el ordenamiento jurídico.

6.4 Intervención del actor

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego narra que en su campaña política, en el

2011, se acogió un principio del Tratado de Kioto, frente al cambio climático y en relación con el servicio de aseo. Relata que las sociedades modernas, tratando de mitigar dicho cambio, han pasado a sistemas no tradicionales de recolección de basuras, como la reutilización.

Indica que, según la Corte Constitucional, el *modus operandi* del esquema anterior de la prestación del servicio era inconstitucional. Así, manifiesta que cuando llegó a la Alcaldía se desmontó paulatinamente el esquema tradicional de aseo y destaca que “sí recibió notas, escritos de la Procuraduría [...] pero todas gravitaban alrededor de cómo defender a los operadores privados tradicionales del aseo y ninguna, nunca, estableció un mecanismo para poder proteger y garantizar la orden de la Corte Constitucional alrededor de la defensa de los derechos de la población recicladora que el auto 275 y otros autos de la Corte habían hecho prioritarios dentro de la política pública de saneamiento básico del Distrito” (minuto 1:40: 10).

Considera que no es cierto que el Decreto 564 del 2012 haya restringido la libertad de competencia.

Justifica la existencia de las áreas de servicio exclusivo. Tanto así, que la Comisión Reguladora, en el 2003, indicó que la libre competencia pura y simple no garantizaba el servicio de aseo a los estratos más pobres de Bogotá. Adiciona que en el 2012 se acabaron los contratos de concesión y se pudo cambiar el modelo de aseo, acogiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional para remunerar a los recicladores.

Explica que el 18 de diciembre del 2012 se esperaba la entrega de los camiones compactadores por reversión de los bienes de una concesión. Sin embargo, ello no se llevó a cabo.

Expresa que el Decreto 564 del 2012 conserva su legalidad. En consecuencia, no se le puede atribuir un actuar doloso ni una ilicitud sustancial.

II. CONSIDERACIONES

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante auto del 23 de junio del 2015, avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia, con fundamento en el numeral 3º del Artículo 111 de la Ley 1437 del 2011, CPACA, por razones de importancia jurídica, para definir sobre la competencia atribuida al Procurador General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que

restringen derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros.

Con este propósito, la Sala abordará, en primer término, el cargo correspondiente a la falta de competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente con destitución e inhabilidad al demandante, Gustavo Francisco Petro Urrego, quien fue elegido popularmente como alcalde de Bogotá D.C.

1. De la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desarrollará este estudio a partir del análisis de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, a la luz del ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, frente a la sanción impuesta al aquí demandante, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

A juicio del actor la decisión administrativa demandada resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues si bien los derechos políticos no gozan de un carácter absoluto, su restricción únicamente procede en razón a: i) edad, ii) nacionalidad, iii) residencia, iv) idioma, v) instrucción, vi) capacidad civil o mental y vii) **por condena, por juez competente, en proceso penal**. En este sentido, la sanción de destitución e inhabilidad impuesta al señor Gustavo Francisco Petro Urrego sería incompatible con dicha disposición, toda vez que no fue proferida por una autoridad judicial y, mucho menos, en desarrollo de un proceso penal.

Por su parte, **la Procuraduría General de la Nación** defiende su competencia con fundamento en las sentencias C-028 del 2006 y SU-712 del 2013, proferidas por la Corte Constitucional, que definieron cómo se debe interpretar la facultad disciplinaria de esa entidad para imponer sanciones que inhabilitan el goce de los derechos políticos frente al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto, al considerar que el artículo 30 del referido instrumento internacional “permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al

ejercicio de derechos y libertades lo hagan atendiendo a razones de interés general, lo cual acontece en el caso del derecho disciplinario”.

Problema jurídico

En los términos planteados por las partes, la Sala debe resolver si la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a un servidor público que ha sido elegido popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para su resolución, la Sala Plena abordará los siguientes temas: **(i)** normas de orden de interno sobre derechos políticos y sus restricciones, **(ii)** normas de orden interno que otorgan la competencia al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular, **(iii)** los derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **(iv)** la interpretación constitucional de la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y **(v)** control de convencionalidad.

(i) Normas de orden de interno sobre derechos políticos y sus restricciones

El artículo 40 de la Constitución Política consagra los derechos políticos, como derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 40. Todo **ciudadano** tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

Estos derechos políticos surgen a partir de la calidad de ciudadano en ejercicio conforme con el artículo 99 ibídem, que señala que “la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio,

para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibídem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y **su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial** en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos.

Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122²⁵, por la comisión de delitos y los artículos 172²⁶, 177²⁷ y 191²⁸, por razón de la nacionalidad y la edad.

A nivel legal, el artículo 45 del Código Disciplinario Único, al definir las sanciones disciplinarias señala:

“Artículo 45. Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o **elección**, o
- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
- c) La terminación del contrato de trabajo y,
- d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo [...]”.

De acuerdo con lo anterior, la destitución e inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y,

²⁵ **Artículo 122.** Modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 01 del 2009. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

²⁶ **Artículo 172.** Para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección.

²⁷ **Artículo 177.** Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.

²⁸ **Artículo 191.** Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años.

de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

(ii) Normas de orden interno que otorgan la competencia al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular

El artículo 277 de la Constitución Política otorga al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre sus funciones, la de “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, **inclusive las de elección popular**; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e **imponer las respectivas sanciones** conforme a la Ley”.

Así mismo, el artículo 278 ibídem impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de “1. **Desvincular del cargo**, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”.

En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, **incluso los de elección popular**, con “destitución e *inhabilidad general*, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas²⁹, o con inhabilidad permanente “cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado”, conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y

²⁹ En el artículo 48 de la Ley 734 del 2002 se describen las faltas disciplinarias gravísimas. En el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego se imputaron las faltas previstas en los **numerales 31** (Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley), **60** (Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante) y **37** (Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente).

46 de la Ley 734 del 2002³⁰, implicando ello una restricción al ejercicio de los derechos políticos de los elegidos popularmente.

(iii) Los derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en 1969, de la cual Colombia hace parte conforme a la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, aprobatoria de dicha Convención, es un pacto multilateral de derechos humanos, instrumento internacional protegido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), órgano de jurisdicción transnacional que garantiza la efectividad de los derechos humanos protegidos por la Convención.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

“Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Sobre la interpretación de esta norma, la Corte IDH, en sentencia del 6 de agosto del 2008, Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, en el que se analizó la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo en relación con el impedimento de Jorge Castañeda Gutman para inscribir su candidatura independiente a la Presidencia de México, explicó lo siguiente:

“140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.

³⁰ **Parágrafo.** Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que '[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte', y constituye 'un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano".

[...]

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

[...]

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades". Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

146. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

[...]

155. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

[...]

174. Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

175. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención y procederá a analizar, a la luz de los mismos, el requisito legal bajo examen en el presente caso".

En este pronunciamiento, la Corte IDH estableció las **condiciones y requisitos** que los Estados partes deben cumplir al momento de regular o **restringir los derechos políticos**, así:

“a) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

[...]

b) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos.

[...].

181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos, pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.

[...]

c) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos”.

De acuerdo con este pronunciamiento, la Corte IDH reiteró las condiciones que en todo Estado parte deben cumplir las disposiciones que restrinjan derechos políticos, como son la legalidad, la finalidad y la necesidad y proporcionalidad de la medida. Estas condiciones ya habían sido enunciadas por la misma Corte en sentencia del 23 de junio del 2005, en el caso Yatama vs Nicaragua, en la que la Corte IDH indicó:

“206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones¹⁷². Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo.** Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”.

Posteriormente, en sentencia del 1 de septiembre del 2011 (caso Leopoldo López

vs Venezuela), en el que se analizó la responsabilidad internacional del Estado por haber inhabilitado al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública a través de la vía administrativa y haber prohibido su participación en las elecciones regionales del 2008, la Corte IDH hizo las siguientes precisiones en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la CADH:

“107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. **En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’.** Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un ‘juez competente’ [fue la Contraloría General de la República de Venezuela], no hubo ‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana [Garantías judiciales].

108. La Corte estima pertinente reiterar que ‘el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención³¹ y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de ‘oportunidades’. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos³². En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido’.

[...]

111. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana³³. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas³⁴.”

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó el alcance del artículo 23.2 de la CADH, al precisar que una autoridad administrativa no tiene competencia para restringir derechos políticos a los servidores públicos de elección popular, mediante la imposición de sanción, entre ellos, limitar el derecho al sufragio pasivo, es decir, el derecho a ser elegidos, por vía de la inhabilidad. Tesis que fue aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de Medidas Cautelares 5/2014 al solicitar al Gobierno de Colombia la suspensión inmediata de los efectos de la decisión del 9 de diciembre del 2013, expedida y confirmada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero del 2014, actos administrativos aquí demandados, “a fin de garantizar los derechos políticos del señor Gustavo

³¹ Cfr. Caso Castañeda Gutman, supra nota 209, párr. 143.

³² Cfr. Caso Yatama, supra nota 209, párr. 195.

³³ Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero del 2001. Serie C No. 74, párr. 104, y Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero del 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

³⁴ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero del 2001. Serie C No. 72, Párr. 106, y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010 Serie C No. 218, párr. 170.

Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre del 2011 [...]”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la decisión a que se hace referencia, en punto al tema de la posible falta de compatibilidad de la decisión de la Procuraduría General de la Nación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consideró que en este caso no tenía información “respecto a alguna decisión sobre una condena penal, emitida por un juez competente y en un proceso penal, en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. En consecuencia, la Comisión estima que la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por una autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien habría sido elegido por votación popular [...]”.

De acuerdo con los pronunciamientos mencionados, es claro que para la Corte IDH los derechos políticos son derechos humanos, pero no absolutos, que pueden ser restringidos por las condiciones señaladas en el artículo 23.2 de la CADH, restricciones que en cada Estado Parte deben cumplir los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como han sido explicados por la Corte, y que cuando se trata de la restricción por vía de una sanción, ella no puede ser distinta a la que imponga un juez penal, mediante una condena dictada dentro de un proceso penal.

(iv) La interpretación constitucional de la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

La Corte Constitucional Colombiana, en cuatro pronunciamientos de constitucionalidad y dos decisiones de unificación, ha abordado el estudio de la aplicación del artículo 23.2 de la CADH en el orden interno en relación con las competencias de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la posibilidad de sancionar y limitar los derechos políticos de funcionarios públicos de elección popular, exponiendo criterios que no han sido unívocos, y particularmente acompasando e interpretando el ordenamiento interno de manera sistemática frente a los postulados de este artículo convencional con las precisas disposiciones contenidas en el tratado sobre la lucha contra la corrupción.

En efecto, de las lecturas de los pronunciamientos de la Corte Constitucional se pueden extraer tres criterios sobre el alcance de la disposición convencional, así:

Un primer **criterio restrictivo o limitado** lo expuso en las sentencias C-551 del 2003 y C-541 del 2010, en las que sentó como criterio que la inhabilidad prevista por el artículo 122 de la Constitución solo opera cuando el servidor público es condenado penalmente. La Corte Constitucional aplicó literalmente el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que “esta segunda frase del numeral 1³⁵ puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (C.P., art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado. Entonces, entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es, aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (C.P., art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1°, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1° y la Convención Interamericana [...]”.

Un **segundo criterio**, que se podría llamar **integrador**, fue el expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 del 2006, que efectuó el análisis de constitucionalidad de varias normas de la Ley 734 del 2002, entre ellas el numeral

³⁵ Acto Legislativo 01 del 2009, Artículo 4o. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

1 del artículo 44³⁶; el literal d, del artículo 45³⁷, y el inicio primero del artículo 46³⁸ ibídem. Allí indicó que la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular no es contraria al artículo 23.2 de la CADH, siempre y cuando la sanción tenga fundamento en actos de corrupción.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional, frente al alcance del artículo 23 de la Convención señaló que en los últimos años había cobrado fuerza **la necesidad de interpretar sistemática y teleológicamente las disposiciones de los tratados internacionales** para ajustar sus textos a los cambios históricos.

En tal sentido, la Corte Constitucional precisó que la Corte IDH, con fundamento en el artículo 29 de la CADH, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos³⁹, **“que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”**.

Así las cosas, en esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró que el artículo 23 de la CADH, en punto de las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, debía ser interpretado armónicamente frente a un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, que si bien no consagran derechos humanos, sí pretenden articular la consecución de fines legítimos, como la lucha contra la corrupción, ajustando en consecuencia el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos a los más recientes desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional. Y de manera puntual estableció que el artículo 23 Convencional “no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el **fenómeno de la corrupción**”.

³⁶ “Artículo 44. **CLASES DE SANCIONES**. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima”.

³⁷ “Artículo 45. **DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES** [...]”.

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera [...]”.

³⁸ “Artículo 46. **LÍMITE DE LAS SANCIONES**. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses, pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente [...]”.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Tyrer vs. El Reino Unido. Sentencia del 25 de abril de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31.

Finalmente, la Corte Constitucional señala que “la limitación que conoce el derecho político de acceso a cargos públicos debido a la imposición de una sanción disciplinaria no resulta ser desproporcionada o irrazonable, por cuanto busca la obtención de fines constitucionalmente válidos, en especial, la **salvaguarda de la moralidad pública**”.

Un tercer **criterio, de interpretación amplia**, fue el expuesto en las sentencias de tutela SU-712, del 2013, y SU-355, del 2015, que plantearon como tesis que el Procurador General de la Nación tiene competencia para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta, es decir, no limitó el fundamento de la sanción a los actos de corrupción. En la sentencia SU-712, del 2013, la Corte Constitucional, sobre las bases de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que esta “reconoció expresamente que “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas⁴⁰”, siendo lo importante y esencial que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia SU-712, del 2013, concluyó:

“Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un “juez penal”. Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones.

En este orden de ideas, la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. Así como fue explicado en la Sentencia C-028 del 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse [con] la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto”.

Y en la sentencia SU-355 del 2015, la Corte Constitucional consideró que frente a la competencia del Procurador General de la Nación, para sancionar a los funcionarios públicos, incluidos los elegidos por voto popular, se había configurado **la cosa juzgada constitucional**, teniendo en cuenta la decisión adoptada a través de la sentencia C-028 del 2006.

⁴⁰ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero del 2001. Serie C No. 72, párr. 106, y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010. Serie C No. 218, párr. 170.

En efecto, la Corte precisó que, según lo definido en la referida providencia del 2006: i) la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, resultaba constitucionalmente válida y que ii) así mismo, se consideraba válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general en los casos en que los funcionarios públicos incurrieran en una falta gravísima dolosa o la realizaran con culpa gravísima.

De igual manera, la Corte adujo que, ante la validez de la competencia de la Procuraduría General de la Nación “para el juzgamiento de los Alcaldes”, debía necesariamente atenderse al precedente fijado por su Sala Plena, en sentencia SU-712 del 2013, que fijó como “regla jurisprudencial” que el ya referido organismo de control es competente para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, con excepción de los amparados por un fuero específico.

Para la Corte Constitucional, ante la regla de interpretación ya fijada, no es válido entrar a discutir sobre la competencia atribuida al Procurador General de la Nación para imponer la sanción de destitución a servidores públicos de elección popular, al considerar:

“4.2. La Corte debe señalar que, según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014, y con fundamento en los artículos 277 y 278 de la Constitución: (i) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular -con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero-; y (ii) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

4.3. En materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos -excepto, aforados-, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría”.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-500 del 2014, estudió otra demanda contra el artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002 y, aunque decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-028 del 2006, en las consideraciones siguió el criterio de las sentencias SU-712 del 2013 y SU-355 del 2015.

Retomando el criterio integrador plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-028 del 2006, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que, de acuerdo con la *ratio decidendi* de este pronunciamiento, **la regla jurisprudencial que de allí se desprende es que la**

competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción. Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Sin embargo, la Corte Constitucional en los pronunciamientos de constitucionalidad C-028 del 2006 y C-500 del 2014 no examinó los preceptos y normas que prevén las competencias de la Procuraduría General de la Nación frente a la posibilidad de sancionar con destitución e inhabilidad, para el ejercicio de derechos políticos, a funcionarios de elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a Derecho, **pero que no constituyen per se casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades**, de tal manera que, en ese sentido, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales y, si es del caso, inaplicar aquellas disposiciones de orden interno que no se acompasen con el precepto establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(v) Control de convencionalidad

El artículo 9 de la Constitución Política prevé que el Estado colombiano reconoce los principios de derecho internacional. Así mismo, los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, disponen que el Estado debe cumplir los tratados de buena fe, principio *pacta sunt servanda*, y prohíben invocar disposiciones de derecho interno para incumplir los tratados internacionales⁴¹.

⁴¹ **Artículo 26. Pacta Sunt Servanda.** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En este sentido, Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De conformidad con el texto de la CADH, la Corte IDH es un órgano supraestatal establecido para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención. Se trata de un medio de protección para la efectividad de las normas convencionales (artículo 33 convencional).

Al ser la Corte IDH un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la CADH, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de obligatoria observancia para los Estados Partes, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado como control de convencionalidad.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 26 de septiembre del 2006, en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se refirió al control de convencionalidad en los siguientes términos:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación

de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Como se advirtió en el capítulo anterior, la sentencia C-028 del 2006 de la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al considerar el avenimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación al orden constitucional cuando se trata de sancionar y limitar el ejercicio de derechos políticos de funcionarios elegidos popularmente, cuyas conductas se han enmarcado en actos de corrupción, sin que se hayan abordado los eventos en los que las sanciones de destitución e inhabilidad a esos mismos servidores públicos devienen de casos en que, *contrario sensu*, no se enmarcan en supuestos de hecho relacionados directamente con actos de corrupción, de forma que es perfectamente posible para la Sala entrar a analizar el cargo de falta de competencia de la Procuraduría General respecto de la sanción aplicada al exalcalde Gustavo Petro, frente a la disposición del artículo 23.2 convencional, es decir, de efectuar el control de convencionalidad de las normas legales del orden interno que facultan al Procurador para imponer sanciones que restringen los derechos políticos de los servidores elegidos popularmente en el caso concreto.

Ahora bien, un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que **la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular**, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, por las siguientes razones:

La primera, porque al no ser sancionado el señor Gustavo Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio *pacta sunt servanda*, a su ineludible observancia por

parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona.

En efecto, ninguna de las conductas investigadas y sancionadas por la Procuraduría General de la Nación tuvo como imputación un hecho constitutivo de un acto de corrupción, entendiendo como tales las conductas señaladas en el artículo 1 de la Ley 412 de 1997, “Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”, así:

“ARTÍCULO VI. ACTOS DE CORRUPCIÓN

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo y
- e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”.

Además, está probado en el expediente que la Fiscalía General de la Nación adelantó una investigación por las diferentes denuncias recibidas en contra del entonces Alcalde de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, por los mismos hechos que dieron lugar a las sanciones disciplinarias que mediante esta sentencia se estudian y dispuso, mediante Resolución del 21 de noviembre del 2014, el archivo de las diligencias adelantadas, entre otros, contra Gustavo Francisco Petro Urrego, por los delitos de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción y concierto para delinquir, con ocasión de la indagación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la Implementación del llamado Nuevo Modelo de Aseo de Bogotá [...], al evidenciarse falta de tipicidad objetiva de los delitos referidos”⁴².

⁴² Folio 1044 a 1093, c. ppal. parte 2.

Hecho que comprueba que la imputación en el proceso disciplinario no tuvo como causa la comprobación de hechos constitutivos de actos de corrupción en el presente caso, que, por lo demás, nunca le fue atribuido en los actos administrativos demandados.

De acuerdo con lo anterior, y en atención a la cosa juzgada constitucional, la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer la sanción prevista en el artículo 44 numeral 1 del CDU, sanción que comporta una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el numeral 1 del artículo 23 convencional.

La Segunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados.

El artículo 23.2 de la CADH debe ser estudiado de cara a las circunstancias históricas y políticas que rodearon su expedición, como también respecto de los preceptos superiores contenidos en la Constitución de 1991.

Bajo el contexto histórico, fue el querer de los Estados Miembros de la OEA que el principio democrático y de tridivisión de poderes fuera el eje rector que guiara el actuar de los integrantes de la Unión, que en su mayoría atravesaban o habían atravesado por periodos aciagos de totalitarismos marcados por formas de gobierno dictatoriales que tenían la capacidad de borrar de un plumazo las aspiraciones democráticas de nacientes sectores de oposición o de líderes que, a través de procesos democráticos, habían alcanzado cargos de elección popular.

Es de la esencia y espíritu del artículo 23 convencional que las autoridades administrativas no ostentaran tal poder como para contrariar la voluntad popular y mancillar los derechos políticos de sus contradictores y opositores, dejando la posibilidad de la decisión, tendiente a limitar este tipo de derechos, en cabeza del poder judicial y particularmente de jueces, con autonomía y capacidad de dictar el derecho de manera imparcial, como lo eran los jueces penales de las golpeadas

repúblicas.

Sin embargo, las circunstancias históricas y políticas del Estado Colombiano han cambiado, la democracia se ha robustecido y el Estado de Derecho ha echado raíces al amparo de una forma de estado social y democrática, que respeta el principio democrático basado en la autodeterminación y soberanía del pueblo y que mantiene de manera pétrea la separación de poderes, bajo el amparo de la Constitución de 1991.

De esta forma, la Carta Fundamental no solamente permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por virtud del bloque de constitucionalidad, sino también que garantiza la autonomía e independencia del poder judicial, facilitando de esta manera que la protección y defensa de los derechos de índole político, y particularmente los de elegir y ser elegidos, se puedan radicar en cabeza de los jueces de la República.

Es así como, a la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción.

En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o *pro hominem*, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia

judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: **“las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2).**

Dentro de la estructura institucional del Estado Colombiano, la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo, juega un papel transcendental en el compromiso internacional que asumió el Estado al suscribir “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre del 2003, en Nueva York, y aprobada por la Ley 970 del 2005, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-172 del 2006.

En ejercicio de sus competencias, la Procuraduría General de la Nación materializa el propósito señalado por el artículo 8.6 de dicho instrumento, en cuanto se convino que “6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

Pero es más, la competencia de la Procuraduría General de la Nación, al lado de la propia de los jueces penales, se encuentra legitimada, para casos de origen en actos de corrupción, en el artículo 30 de la mencionada Convención que, en su numeral 1, establece que cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a esta Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos, previendo, además, en su numeral 8, que esa disposición “no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos”.

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor.

Esta interpretación corresponde a la naturaleza propia de sistema penal colombiano, adoptado como un modelo procesal acusatorio a partir del Acto Legislativo 3 del 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política y dispuso:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

Nótese que, en su parágrafo, el artículo 250 constitucional establece que “la Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo, en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

Por ello, y conforme con el artículo 23 de la Convención, el poder capaz de limitar y suspender el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, en su sentido pasivo como electores y de las autoridades que ellos han elegido democráticamente, radica exclusivamente en un juez de la república. Siendo esta la autoridad que, en el caso concreto, debió ejercer su potestad jurisdiccional para imponer una sanción tan gravosa como la que efectivamente se impuso al exalcalde y no una autoridad administrativa, que, como se dijo, solo tiene competencia para hacerlo cuando quiera que los funcionarios disciplinables se encuentren directamente involucrados en casos que pongan en duda su probidad e integridad respecto de situaciones que nacional e internacionalmente se han definido como de corrupción.

El control de convencionalidad que efectúa la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el presente caso y la tesis que se plantea del artículo 44 del CDU tampoco significan una interpretación restrictiva del artículo 23.2 Convencional frente a instituciones que están previstas en el ordenamiento interno colombiano, tanto a nivel constitucional como legal, como es la pérdida de la investidura de los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente, de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁴³, pues se trata de una sanción declarada por una autoridad de naturaleza judicial, con la garantía del debido proceso y que restringe, de manera legítima, los derechos políticos de los elegidos popularmente y que, además, responde a los criterios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, tal como lo ha señalado la Corte IDH. La imposición de esta restricción de derechos políticos en un juicio de pérdida de investidura por una autoridad judicial diferente de la penal, bajo una interpretación en sentido amplio y actual, no es incompatible con el artículo 23.2 Convencional, como lo señaló el juez Diego García - Sayán en el voto concurrente razonado, plasmado en la sentencia de la Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela, del 1 de septiembre del 2011, que la Sala Plena de esta Corporación comparte y en el que expresó:

“16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término ‘exclusivamente’ contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto ‘condena, por juez competente, en proceso penal’ no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.

17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2, y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal”.

En efecto, dentro de este contexto de derecho viviente, las instituciones y la democracia Colombiana adelantaron un proceso de robustecimiento a partir de la Constitución de 1991, que sustentada en el principio de la dignidad humana, los derechos fundamentales y las libertades públicas consolidó el sometimiento del Estado al Derecho bajo la forma de Estado Constitucional. Sin embargo, la constitucionalmente plausible estructura del Estado, que puso al ciudadano y la satisfacción de sus necesidades en el centro de la acción del aparato gubernativo,

⁴³ Artículos 183 y 184 de la Constitución Política, Ley 144 de 1994, Ley 617 del 2000 y Ley 1437 del 2011.

no resulta totalmente inmune ni ajena a las distorsiones jurídicas, ni a los peligros que involucra la concentración del poder, de ahí la existencia del sistema de pesos y contrapesos, como del control de legalidad sobre los actos de los gobernantes que realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ciertamente, en casos como el presente, el juez de lo contencioso administrativo se enfrenta a situaciones que demandan mayor rigor en su función de control de legalidad, cuando la expedición de actos administrativos trasciende la esfera legal e involucra la afectación de derechos humanos, como el derecho político, constitucional y convencionalmente protegido. En ese sentido, la función del juez de lo contencioso administrativo es restablecer y reparar las vulneraciones de derechos, máxime, en una democracia vigorosa en la que es necesario su intervención para garantizar el equilibrio y respeto por los derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho a ser elegido, y la libertad para elegir.

Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera, bajo la interpretación preferente de los artículos 277.6 de la Constitución Política y 44.1 del CDU, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para afectar o limitar los derechos políticos de Gustavo Francisco Petro Urrego para elegir y ser elegido a la luz del ordenamiento jurídico interno, como tampoco frente al Derecho Convencional. La Sala enfatiza que el demandante tampoco fue objeto de reproche en la esfera de lo penal, pues el exalcalde Petro Urrego mantuvo incólume su presunción de inocencia a pesar de las sindicaciones que se le hicieron por la presunta comisión de delitos relacionados con las mismas circunstancias fácticas que sirvieron de sustento a las faltas que se le endilgaron. Razón demás que justifica el análisis y aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso *sub examine*, a la luz de las posibles fracturas que, como se ha dicho, ha sufrido la estructura del Estado Colombiano, que han permitido que su diseño garantista pueda ser distorsionado para que, en nombre de la legalidad, se desconozcan derechos políticos y se trunque el desarrollo de un mandato local legítimamente constituido.

De acuerdo con lo anterior, y en virtud del control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que ante la incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional, se declarará la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron al demandante, Gustavo

Francisco Petro Urrego, la sanción de destitución e inhabilidad por 15 años, toda vez que dicho ente de control no tiene competencia para imponer una sanción que restrinja los derechos políticos de un servidor público, elegido popularmente, por faltas disciplinarias originadas en conductas que no constituyen actos de corrupción. Prospera el cargo.

2. Por si lo anterior no fuera suficiente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera necesario proceder a examinar las faltas atribuidas al demandante para resolver los cargos planteados en la demanda contra los actos administrativos sancionatorios, toda vez que constituye, como se verá, una razón de más para declarar la nulidad del fallo disciplinario proferido en contra de Gustavo Francisco Petro Urrego.

Del estudio de la legalidad de las faltas disciplinarias atribuidas al señor Gustavo Francisco Petro Urrego

Dada la complejidad del caso, y para una mayor comprensión de la situación fáctica y jurídica que antecedió a las decisiones administrativas sancionatorias, la Sala, previo al estudio de las faltas disciplinarias endilgadas al exalcalde de Bogotá D.C., considera de especial relevancia ilustrar sobre los antecedentes relacionados con la **prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital**, de la siguiente manera:

I. Antecedentes de la privatización en la prestación del servicio público de aseo en Bogotá	
Creación de la Empresa Distrital de Aseo	Desde 1958, el servicio de aseo en la capital empezó a ser prestado por la Empresa Distrital de Aseo. Tenía como funciones básicas, la recolección, barrido y limpieza de la ciudad.
Creación de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS	Mediante Acuerdo 75 de 1960 se reorganizó la entidad y se le asignó una nueva razón social, Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS, y nuevas funciones.
Inicio de la privatización	La privatización del servicio de aseo en la ciudad inició en 1988 mediante el Decreto 888. El Alcalde declaró el estado de emergencia social, sanitaria y de servicios públicos en la capital y autorizó a la EDIS la contratación con particulares del 40% del servicio y su pago por tonelada recogida.
Incremento del 20% en la prestación del servicio por particulares	En 1991, se incrementó en un 20% la subcontratación. Entra a prestar los servicios el consorcio Aseo Capital. La EDIS atiende las basuras en el restante 40% de la ciudad.
Supresión de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS	Mediante Acuerdo 41 de 1993 el Concejo de Bogotá determinó la supresión y liquidación de la EDIS.

Creación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP	A través del Decreto Distrital 782 de 1994 se creó la UESP, como una entidad técnica, cuyo objeto era la prestación de los servicios de barrido, recolección, disposición de residuos sólidos, cementerios, hornos crematorios, plazas de mercados y galerías comerciales. La privatización del servicio de aseo llegó al 100% mediante la figura de contratos de concesión en 7 zonas de la ciudad.
Transformación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP, en la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP	El Acuerdo Distrital 257, de noviembre 30 del 2006, establece en el artículo 116 que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos es una entidad distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado.

II. El modelo de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá antes de la sentencia T-724 del 2003	
Licitación pública 001 del 2002	En octubre del 2002, la UESP abrió la Licitación Pública 001 del 2002 para contratar la “Concesión para la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped y transporte de los residuos al sitio de disposición en el Distrito Capital de Bogotá”. En esta licitación se inició el proceso de adjudicación de las Áreas de Servicio Exclusivo, ASE, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, previa autorización de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, que, mediante Resolución CRA 235 del 7 de noviembre del 2002, aprobó las 6 ASE por un periodo de 7 años, prorrogables por 1 año. Con la verificación de motivos aprobados por la CRA, el 2 de diciembre del 2002, la UESP dio inicio al proceso licitatorio. El 13 de junio del 2003 se celebró la audiencia pública y se adjudicaron cinco de las seis ASE, según se indicó en la Resolución No. 096 del 2003. La adjudicación de la última ASE se hizo directamente. En desarrollo de la Licitación 001 del 2002, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, suscribió los contratos de concesión número C-53 del 2003, C-54 del 2003, C-55 del 2003 y C-69 del 2003, para garantizar la prestación del servicio de aseo a todos los habitantes de la ciudad por el término de 7 años, prorrogables 1 año. El contrato agotaba su ejecución el 15 de septiembre del 2011⁴⁴.
Sentencia T-724 del 2003	La Asociación de Recicladores de Bogotá, ARB, formuló acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP⁴⁵, por considerar que dichas entidades desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe, en la medida en que en el pliego de condiciones de la licitación 001 del 2002 no se incluyeron acciones afirmativas que permitieran la participación preferencial de los recicladores de Bogotá. La referida acción constitucional fue conocida en primera y segunda instancia por los Juzgados 43 Penal Municipal y 1° Penal del Circuito de Bogotá D.C., que, a través de las sentencias del 13 de enero y 26 de febrero del 2003, respectivamente, negaron el amparo solicitado por los accionantes. La Corte Constitucional, en sede de revisión, profirió la sentencia T-724, del 20 de agosto del 2003, en la que, si bien declaró la carencia actual de objeto en el asunto estudiado, dado que el trámite de la

⁴⁴ La ejecución del referido contrato inició el 15 de septiembre del 2003.

⁴⁵ El Concejo de Bogotá, a través del Acuerdo 257 del 2006, transformó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos en Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, organizada como Unidad Administrativa Especial del orden distrital del sector descentralizado por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y con patrimonio propio, y adscrita a la Secretaría del Hábitat.

	licitación pública 001 del 2002 había concluido con la adjudicación de los respectivos contratos de concesión, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de los accionantes y previno a la UESP, o a la entidad del Distrito que haga sus veces, “para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio”. En la misma sentencia se exhorta al Concejo de Bogotá para que “incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado.
Licitación Pública 001 del 2010	En forma paralela a la ejecución de los contratos de concesión del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, ordenó la apertura de la licitación pública 001 del 2010, cuyo objeto era “contratar la modalidad de concesión, administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana, de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ provenientes del servicio ordinario de aseo”. En el marco de la Licitación 001 del 2010, la Corte Constitucional, mediante auto 091 del 18 de mayo del 2010, instó a la UAESP para que suspendiera el trámite de la licitación 001 del 2010 y, con posterioridad, mediante auto 268 del 30 de julio del 2010, le ordenó, dentro del referido proceso contractual, que expidiera una nueva adenda a través de la cual, entre otros aspectos, se debían modificar las “condiciones de la Licitación 01 del 2010, en el sentido de incluir como requisito habilitante que los proponentes se present[aran] conformados con una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá”, esto, para asegurar la participación efectiva de la población recicladora.

III. La licitación 001 del 2011 y auto 275 del 2011, proferido por la Corte Constitucional	
Apertura proceso licitatorio 001 del 2011	En el año 2011, habiendo transcurrido el término pactado en los contratos de concesión adjudicados el 13 de junio del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, dio apertura al proceso licitatorio 001 del 2011 para concesionar, una vez más, “bajo la figura de Áreas de Servicio Exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C.”.
Auto 183 del 18 de agosto del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011	En el marco de un trámite incidental⁴⁶, la Corte Constitucional, mediante auto 183 del 18 de agosto del 2011, dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011, argumentado para tal efecto que se hacía evidente “la imperiosa necesidad de [la] intervención del juez de tutela para la salvaguarda del ordenamiento constitucional, pues, amén de tratarse del cumplimiento de unas órdenes provenientes de esta Corporación en las referidas providencias, persist[ía] la duda fundada en torno a la posible trasgresión de los deberes estatales de adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, para que la igualdad sea real y efectiva, tal y como lo establece el Artículo 13 de la Carta”. Los contratos de concesión para la prestación del servicio vencían el quince (15) de septiembre del 2011.
Resolución 522 del 18 de	La UAESP expidió la Resolución 522 del 18 de agosto del 2011 ,

⁴⁶ A través del auto 180 del 2011, la Corte Constitucional avocó el conocimiento del trámite incidental frente a la licitación 001 de, 2011, al tiempo que requirió de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, algunas precisiones en relación con las condiciones previstas en el referido proceso licitatorio.

agosto del 2011	mediante la cual ordenó, entre otros, “suspender la Licitación Pública No. 001 del 2011, en cumplimiento del auto 183 del 18 de agosto del 2011” y declaró la urgencia manifiesta , argumentando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. A través del referido acto administrativo se ordenó: i) al Director Operativo de la UAESP que preparara y remitiera a su Dirección Jurídica los documentos necesarios de orden técnico para celebrar los contratos derivados de la declaratoria de urgencia manifiesta y ii) se ordenó a la Directora Jurídica de la misma entidad proyectar los contratos que eran necesarios para “dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en Bogotá” ⁴⁷ .
Celebración de contratos de concesión bajo el esquema de contratación directa	En virtud de lo expuesto, y ante la inminente finalización del contrato de concesión adjudicado en el 2003, cuya ejecución inicio el 15 de septiembre del 2003, la UAESP celebró el 12 de septiembre del 2011 , bajo el esquema de contratación directa, los contratos de concesión 157E, 158E, 159E y 160E, con operadores privados, por el término de 6 meses , contados a partir del 16 de septiembre del 2011 ⁴⁸ , finalizando el 16 de marzo del 2012 .
Auto 275 del 19 de diciembre del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dejó sin efectos la totalidad del proceso licitatorio 001 del 2011	El 19 de diciembre del 2011 finalmente la Corte Constitucional, a través del auto 275, declaró que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, había incumplido las órdenes dispuestas en la sentencia T-724 del 2003 y los criterios generales fijados en el auto 268 del 2010, razón por la cual dejaba sin efectos la totalidad del proceso licitatorio 001 del 2011. A juicio de esa Corporación, se hacía necesario que el Distrito de Bogotá definiera y rediseñara un esquema de la actividad de reciclaje con acciones afirmativas “en favor de la población que se dedica[ba] de manera permanente a la actividad de reciclaje -lo que supon[ía] un enfoque diferencial-, de manera que se logr[ara] su regularización respecto de la prestación de los servicios complementarios de aseo en los componentes de reciclaje, transporte, transformación y aprovechamiento de residuos”, esquema que, en todo caso, debía ser entregado a ese mismo Tribunal y a la Procuraduría General de la Nación, a más tardar el 31 de marzo del 2012. Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, al dejar sin efecto la Licitación Pública No. 001 del 2011, ante el incumplimiento de la UAESP frente a lo dispuesto en la sentencia T-724 del 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 del 2010, fueron las siguientes: 1. Definición de un esquema de metas a cumplir a corto plazo. 2. Seguimiento del órgano de control al esquema de metas de corto plazo. 3. Intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA. 3.1. Revisión y definición de parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos. 3.2. Regularización de la población de recicladores. 4. Normalización en la prestación del servicio público de aseo a través del esquema que el Distrito estime pertinente. 5. Actualización del censo de recicladores.

IV. El esquema de contratación directa para la prestación del servicio público de aseo para la fecha en que Gustavo Francisco Petro Urrego asume el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá

⁴⁷ Folios 13 a 17. Anexo No. 21.

⁴⁸ Folios 18 a 81. Anexo No. 21.

Esquema de recolección y transporte en el servicio público de aseo en Bogotá	El esquema de recolección y transporte en el servicio público de aseo en Bogotá presentaba una estructura dual⁴⁹, en la que se diferenciaban dos actores: 1. Empresas privadas mediante contratos de concesión. 2. Una población de miles de recicladores de oficio.
Gustavo Francisco Petro Urrego asumió el cargo de Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá	Para la fecha en que asumió la alcaldía el señor Gustavo Petro Urrego (1 de enero del 2012) se estaban ejecutando los contratos de concesión, celebrados bajo el esquema de contratación directa con operadores privados, que vencían el 16 de marzo del 2012.

V. Actuaciones adelantadas por la administración distrital tendientes a asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá	
Resolución 065 del 8 de febrero del 2012, expedida por el Director de la UAESP	El 8 de febrero del 2012, el Director de la UAESP, a través de la Resolución 065, declaró la urgencia manifiesta para asegurar la continua prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., ante la proximidad del vencimiento del término pactado en los contratos 157E, 158E, 159E y 160E, del 12 de septiembre del 2011⁵⁰.
Contratos de concesión celebrados el 7 de marzo del 2012	El 7 de marzo del 2012, la referida Unidad Administrativa suscribió los contratos de concesión 013, 014, 015 y 016, con varios operadores, por el término de 6 de meses⁵¹.
Esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos en la ciudad de Bogotá	El 30 de marzo del 2012, el Director General de la UAESP remitió a la Corte Constitucional el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores. En el documento, se relata cómo se pretende superar el modelo actual en desarrollo de la política pública de Basuras Cero. De igual forma, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, remitió en la misma fecha un informe que incluía los parámetros generales para la prestación de la actividad complementaria de aprovechamiento de residuos sólidos, en cumplimiento del Auto 275 del 2011. La Corte Constitucional, mediante auto 084 del 19 de abril del 2012, declaró: i) que la UAESP había enviado dentro del término previsto en el auto 275 del 2011 “el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, y ii) que la CRA remitió, dentro del término exigido por el Auto 275 del 2011, “un esquema de las actuaciones que ha adelantado y continuará desarrollando conforme con sus competencias legales. Por ello, la insta a continuar con el proceso, siguiendo los postulados de la colaboración armónica entre entes públicos para la materialización de los derechos del referido grupo sujeto de especial protección constitucional, así como de los derechos ambientales de todos los habitantes de Bogotá”. El plan de inclusión distingue entre el esquema de prestación del servicio de aseo en sus componentes de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables y el esquema de residuos aprovechables. Para el primero, plantea un esquema de prestación mediante la concesión de áreas de servicio exclusivo a cargo de operadores privados en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y para el de los residuos aprovechables, a cargo de las empresas de recicladores, la asignación de áreas o rutas también exclusivas.

⁴⁹ De esta manera, se describe en el documento *Esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos en la ciudad de Bogotá*.

⁵⁰ Folios 82 a 90. Anexo No. 21.

⁵¹ Folios 91 a 154. Anexo No. 21.

	Las metas globales del plan de inclusión se plantearon de la siguiente manera: 1. Garantizar que el 100% de la población de Bogotá conozca el programa Basura Cero, separe en la fuente y disponga el material recuperable en las rutas de recolección selectiva. 2. Reorganizar el servicio público de aseo, reorientado hacia el aprovechamiento, de manera tal que los recicladores de oficio participen como prestadores en óptimas condiciones. 3. Formalizar al 100% la población de recicladores de oficio, haciendo efectiva la remuneración estable por su labor y el acceso a la seguridad social. 4. Desarrollar un marco regulatorio que garantice la separación en la fuente, la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento y reconocimiento efectivo del trabajo de los recicladores de oficio. 5. Cubrir la prestación del servicio de aseo del material aprovechable con rutas ecológicas, al 100% de usuarios de Bogotá. 6. Asegurar la sostenibilidad técnica, económica y financiera del modelo empresarial construido con la población recicladora para el servicio de recolección, transporte, acopio, comercialización y aprovechamiento de materiales reciclables.
Programa Basura Cero	El Programa Basura Cero, incluido en el Acuerdo 489 del 12 de junio del 2012, estaba orientado a “minimizar el impacto de los escombros y los residuos sólidos, incluyendo los especiales y peligrosos, generados por la ciudad, sobre el ambiente y la salud de los ciudadanos.”. Los proyectos prioritarios de este programa eran: 1. Estrategia de producción sostenible. 2. Cultura de reducción de basuras y separación en la fuente. 3. Modelo de reciclaje para Bogotá. 4. Aprovechamiento final y minimización de la disposición en relleno sanitario 5. Escombros cero. 6. Gestión integral de residuos especiales y peligrosos.
Prórrogas a contratos de concesión	El 16 de agosto del 2012, la directora encargada de la UAESP suscribió con los concesionarios las prórrogas de los contratos de concesión número 013, 014, 015 y 016, por un término de tres meses, contados a partir del 18 de septiembre del 2012.
Contrato interadministrativo 017 del 2012	En forma paralela a la ejecución de las prórrogas de los referidos contratos 013, 014, 015 y 016 del 2012, el Director (e) de la UAESP y el Gerente de la EAAB suscribieron el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre del 2012, cuya motivación supuso que: “la UAESP deb[ía] dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional y evitar que nuevamente se declar[ara] el incumplimiento en el proceso de contratación del servicio de aseo de Bogotá, para lo cual deb[ía] adoptar medidas afirmativas orientadas a la regularización y formalización de la población recicladora de oficio”⁵². Con ocasión de la suscripción del referido contrato interadministrativo, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adelantó la invitación pública 804 de octubre del 2012, con el fin de adquirir maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. Como resultado de la referida invitación, debe decirse, fueron suscritos los contratos No. 1-06-263000848 y 1-06-263000851 del 2012⁵³.
Contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012	El 4 de diciembre del 2012, la EAAB y la Empresa de Aguas de Bogotá suscribieron el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, con el objeto de que esta última asumiera el desarrollo de las actividades operativas requeridas para la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá D.C.
Decreto 564 del 10 de diciembre del 2012	El 10 de diciembre del 2012, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. expidió el Decreto 564, a través del cual, según se señaló en su epígrafe, se “adopta[ron] disposiciones para asegurar la

⁵² Folio 16. Anexo 4.

⁵³ Folios 23 y siguientes del anexo No. 22.

	prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 del 2003 y en los Autos 268, del 2010; 275, del 2011, y 084, del 2012”.
Decreto 570 del 14 de diciembre del 2012	El 14 de diciembre del 2012 , el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 570 por el cual se decretó el estado de prevención o alerta amarilla, por el término de cuatro meses, para el manejo y control adecuado de los residuos sólidos urbanos en el Distrito Capital ⁵⁴ .
Otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012	El 17 de diciembre del 2012 , el Gerente de la EAAB y la Directora de la UAESP suscribieron el otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012, adicionando las cláusulas 1 (objeto) y 35 (periodo de transición y ajuste).
Resolución 768 del 17 de diciembre del 2012	En esa misma fecha, la Directora de la UAESP, a través de la Resolución 768 , declaró la urgencia manifiesta para asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá ante la implementación del nuevo modelo bajo el que se prestaría el referido servicio público, para lo que se suscribieron una serie de contratos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C.

Hecho el anterior recuento, la Sala procede al estudio de cada una de las faltas disciplinarias endilgadas al demandante Gustavo Francisco Petro Urrego, así:

2.1. Falta prevista en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La Procuraduría General de la Nación, en el acto sancionatorio del 9 de diciembre del 2013, consideró que la suscripción de los contratos interadministrativos entre la UAESP y la EAAB y entre la EAAB y la EAB vulneró los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, por lo que se configuró la falta disciplinaria descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002.

En el acto sancionatorio se consideró:

“8. RAZONES DE LA DECLARATORIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL DISCIPLINADO

[...]

8.1 En cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único [...]

8.1.2 Tipicidad de la conducta

[...] En el presente caso, la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente, fueron totalmente irregulares, debido a que ninguna de estas dos empresas del Distrito contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo [...]

8.1.2.1 En cuanto al contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012

[...] Con la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre se desconocieron todas las reglas de la contratación pública anteriormente mencionadas, con lo cual se produjo el incumplimiento de varios principios de la contratación estatal, situación que se encuadró en el comportamiento establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

⁵⁴ Folios 104 a 122. Anexo Dirección Jurídica Distrital.

1. En cuanto al **principio de transparencia** [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁵.
2. En lo que se refiere al **principio de economía** establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁶.
4. En cuanto al **principio de selección objetiva**, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁷.
6. Y en cuanto al **principio de responsabilidad** [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁸.

8.1.2.2 En cuanto al contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012

[...] La EAAB, en su condición de entidad pública, estaba obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le fueran aplicables, incluyendo el Manual de Contratación de la entidad, adoptado mediante la Resolución nº. 730 del 16 de noviembre de 2012 [...]

Así mismo, quedaron demostradas las notables deficiencias de los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo nº. 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. En efecto, los documentos totalmente impertinentes, como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, las notables deficiencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá, el interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos y la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron las razones por las cuales se concluyó que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá”.

La anterior decisión administrativa se confirmó en todas sus partes mediante el acto administrativo del 13 de enero del 2014, al considerar que estaba plenamente acreditado en la actuación disciplinaria que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., había dado “precisas instrucciones para que la asignación del servicio público de aseo se hiciera a un

⁵⁵ En cuanto al **principio de transparencia**, en donde una de las reglas es la contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está claro que la administración distrital, en este caso representada por la UAESP, no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para haber contratado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, para que asumiera la prestación del servicio público de aseo. **La UAESP no acudió a la regla de la licitación y, por el contrario, seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio.**

⁵⁶ En lo que se refiere al **principio de economía**, establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no se cumplieron los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable: **no se hizo licitación y, por el contrario, acudiéndose a una causal de contratación directa se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, por lo cual la propuesta de la EAAB claramente no era la más favorable.**

Siguiendo con el **principio de economía**, tampoco se elaboraron los estudios previos requeridos para haber determinado que el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad técnica era la EAAB.

⁵⁷ En cuanto al **principio de selección objetiva**, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007, con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad. Conforme al numeral 1 de la citada norma, la EAAB no tenía las condiciones de experiencia ni los factores adecuados para la prestación del servicio, por lo que la propuesta de la EAAB no fue la más ventajosa.

En el caso concreto, la EAAB, como entidad ejecutora, no subcontrató algunas actividades derivadas del contrato principal, sino que, mediante la suscripción del contrato interadministrativo 0809, trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a otra entidad que tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica requerida, como lo fue la Empresa Aguas de Bogotá.

⁵⁸ Y en cuanto al **principio de responsabilidad**, si bien es cierto que el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los estudios que fueren necesarios, con mayor razón lo serán cuando se trate de la suscripción de los contratos interadministrativos. En el presente caso, valga repetir, una vez más, que no se elaboraron los estudios previos necesarios, pues los estudios que supuestamente determinaron que la EAAB tenía la capacidad y la experiencia requerida incurrieron en notables falencias e irregularidades como se expuso en forma precedente.

operador público, el cual en la ciudad de Bogotá no existía”, lo que generó el desconocimiento de los principios básicos de la contratación estatal. Lo anterior, porque a juicio de la Procuraduría, la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, celebrados, respectivamente, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB, “fueron totalmente irregulares”, pues ninguna de estas empresas contaba con el conocimiento, la experiencia y la capacidad para asumir directamente la prestación del servicio de aseo.

La Procuraduría puso en entredicho que el 17 de diciembre del 2012, un día antes de iniciar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, la EAAB y la UAESP suscribieron un otrosí al contrato interadministrativo 017 del 2012, que establecía la posibilidad de contratar con terceros la prestación de dicho servicio, en contraposición a lo considerado desde un inicio por el Distrito Capital, esto es, asumir directamente y en un ciento por ciento la prestación del servicio.

Bajo este supuesto, la Procuraduría afirmó que la suscripción del otrosí evidenciaba que las empresas del Distrito nunca contaron con la capacidad, idoneidad y experiencia necesarias para la asumir en un ciento por ciento la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, pues finalmente fue necesario acudir al servicio de terceros.

En este sentido, la Procuraduría General de la Nación consideró que el Alcalde Mayor de Bogotá dispuso la suscripción de los contratos interadministrativos: (i) sin que se acudiera a las reglas propias de un proceso de licitación pública y (ii) en ausencia de los estudios previos requeridos para determinar que la EAAB era el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad técnica.

En conclusión, para la entidad disciplinaria, con la suscripción de los contratos interadministrativos se violaron las siguientes reglas y principios de la contratación estatal:

- **Principio de transparencia:** la UAESP no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para contratar a la EAAB y no acudió a la regla de la licitación, sino que seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio público de aseo.
- **Principio de economía:** reiteró lo indicado respecto al principio de

transparencia y agregó que hubo notorias deficiencias e irregularidades en la elaboración de los estudios previos que, aunque cumplieron formalmente los criterios establecidos en el Decreto 734 del 2012, en ellos se efectuaban “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas” sobre la experiencia, capacidad e idoneidad con la que contaba la EAAB, pues no era cierto que la EAAB tuviera la experiencia, idoneidad y capacidad operativa. Esta empresa solo había prestado los servicios públicos de agua y alcantarillado, mientras que el servicio de aseo se incluyó en la modificación estatutaria del 5 de septiembre del 2012, que no cumplió lo dispuesto en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 del 2012 y que fue de forma apresurada (26 días antes de la elaboración de los estudios previos, 27 días antes de la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 2012).

- **Principio de selección objetiva:** con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad, pues esa empresa no tenía las condiciones de experiencia ni los factores técnicos adecuados para la prestación del servicio, por lo que su propuesta no fue la más ventajosa. Es decir, **se eludió el proceso licitatorio** y, acudiéndose a una causal de contratación directa, se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio.

Para la Procuraduría General de la Nación, pese a que en los estudios se afirmaba que en el Distrito de Bogotá la EAAB “era la empresa que poseía la mayor capacidad administrativa y técnica para el manejo de los servicios de saneamiento, al haber participado en forma asociada en proyectos de disposición de residuos sólidos con otras empresas y [que] además [contaba] con experiencia desde el año 1995 en proyectos de logística de equipos y vehículos para la prestación de servicios públicos en la actividad de saneamiento [y] [tenía] experiencia comercial y financiera para gestionar el negocio y para el manejo del recurso humano”, este argumento no era suficiente para tener por cumplido el requisito.

La Procuraduría cuestionó que la EAAB, como entidad ejecutora, mediante el contrato interadministrativo 0809 del 2012, trasladara toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a la EAB, pese a que esta tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica, lo cual quedó en evidencia no solo con la

suscripción de múltiples contratos, sino con el informe de revisoría fiscal efectuado por la firma Deloitte & Touche Ltda., a la referida empresa. La firma del convenio interadministrativo 0809 del 2012 entre la EAAB y la EAB, “hizo que el convenio 017 del 2012 perdiera todo sentido”, toda vez que la EAB asumió la responsabilidad que en un inicio había asumido la EAAB.

La Procuraduría, además, consideró que las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en el auto 275 del 2011, sobre la implementación de acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, no apuntaban a que se contratara de determinada manera, sino a que se definiera y rediseñara un esquema para la prestación del servicio de aseo que dignificara la actividad de reciclaje.

Para resolver, se **considera**:

La falta imputada al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en ese entonces Alcalde Mayor de Bogotá D.C, correspondió a la prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU que dispone:

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

De la lectura de los actos administrativos demandados, la Sala advierte que la Procuraduría General de la Nación, al momento de tipificar la falta prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, señaló las reglas legales que desarrollaban y daban alcance concreto a cada uno de los principios de la contratación estatal que se estimaron vulnerados con la conducta del demandante y, a través de un proceso de integración jurídica, dotó de valor y sentido a los referidos principios de la siguiente manera:

PRINCIPIO	DISPOSICIÓN DE RANGO LEGAL
Transparencia	- Numeral 8, artículo 24 de la Ley 80 de 1993 - Numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 del 2007
Economía	- Numerales 1 y 12, artículo 25 de la Ley 80 de 1993
Selección objetiva	- Artículo 5 de la Ley 1150 del 2007
Responsabilidad	- Numeral 3, artículo 26 de la Ley 80 de 1993

En esos términos, a juicio de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque la Procuraduría General de la Nación planteó, de

manera detallada y precisa, la descripción típica prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, al señalar los principios de la contratación estatal y las disposiciones de rango legal que a su vez los desarrollaban, en todo caso los actos administrativos demandados son ilegales, porque hubo vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta, lo que se traduce en la atipicidad de la falta, como pasa a explicarse.

Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada son:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual.
2. Que la participación sea en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa establecidos en la Constitución y en la ley.

A partir de lo anterior, la Sala procederá a analizar para el caso concreto el segundo de los elementos de la tipicidad de la conducta, específicamente, en cuanto se le endilgó al disciplinado el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal: (i) por no haber acudido a las reglas propias de un proceso de licitación pública y (ii) por haber contratado con dos empresas del Distrito que no contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo.

De conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política y el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, al municipio le corresponde, entre otras funciones, la de prestar los servicios públicos que determine la ley, entre los que se encuentran los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

El artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994 señala que, para los efectos de la gestión de los servicios públicos, se autoriza la celebración de contratos de las entidades oficiales para “transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban”.

El artículo 1º del Acuerdo 001 del 2012⁵⁹ establece que la UAESP⁶⁰ tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas, los servicios funerarios en la infraestructura del Distrito y el servicio de alumbrado público.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 632 del 2000, el esquema de prestación a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo requiere de la celebración de contratos, previa realización de licitación pública.

El acatamiento de las órdenes fijadas por la Corte Constitucional en el Auto 275 del 2011 y el desarrollo de la política pública de Basura Cero significaba un cambio en la orientación del modelo utilizado. En razón a ello, la UAESP presentó el “ESQUEMA DE METAS A CUMPLIR PARA LA INCLUSIÓN DE LA POBLACIÓN RECICLADORA EN LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” (en adelante el Esquema), en el que se indicó que la base del nuevo modelo “es una política pública que garantiza en el corto plazo y de manera permanente la maximización de la separación en la fuente y la generalización de una cultura de manejo de los residuos basada en el compromiso ciudadano de minimizar sus impactos sobre el ambiente y reducir sus efectos sociales negativos. Este cambio de orientación solo tiene sentido si la ciudad consigue organizar la recolección del material separado en la fuente, de forma tal que se haga posible su reutilización, lo cual implica que se suprime en adelante el modelo de recolección mezclada o no diferenciada de residuos de Bogotá”⁶¹.

El esquema de metas a partir del cual se habilitaría a la UAESP para la realización del trámite precontractual y la conclusión de la adjudicación del servicio establecía el proceso licitatorio como modelo de contratación, a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo, para las actividades de recolección, transporte y disposición de residuos ordinarios no reciclables.

De acuerdo con el Esquema, la adjudicación para la operación del servicio de aseo público en Bogotá (recolección, barrido y limpieza) se haría a través del proceso de selección objetiva, como de manera expresa se indicó:

3 “Por el cual se modifica la estructura organizacional y se determinan las funciones de las dependencias de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos”.

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

61 Folio 3 vuelto. Anexo No. 18.

“El proceso de selección objetiva que en el futuro próximo se abra para adjudicar la operación del servicio público de aseo, se estructurará sobre la base de diferenciar tanto operativa, como administrativa y financieramente, las actividades de recolección, transporte y disposición de residuos ordinarios no reciclables, de aquellos que sí lo son.

De tal manera que en la licitación que se abra para adjudicar el servicio de recolección, barrido y limpieza en Bogotá, se limitará su objeto a la recolección y transporte de material no reciclable y será explícita la condición de que una parte determinada de la tarifa se destinará a remunerar de manera directa la labor de los recicladores de oficio que se ocuparán de cubrir la totalidad de la ciudad con rutas de recolección selectiva”.

El plan de inclusión presentado por el Distrito contiene estrategias, medios de verificación, tiempos de cumplimiento e indicadores de verificación. Las mismas fueron presentadas y discutidas en un proceso de deliberación formal con las organizaciones de recicladores de primer y segundo nivel. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional se ha desarrollado un trabajo de coordinación con la Comisión Reguladora de Agua Potable”⁶².

El Director General (E) de la UAESP, por medio del oficio 20127010050271 del 5 de julio del 2012, dio respuesta a un requerimiento de la Contraloría de Bogotá, en el que explicó las complejidades que implicaba el proceso licitatorio para la adjudicación del servicio público de aseo:

“La UAESP sí ha adelantado de manera oportuna actividades para la planificación y estructuración del proceso licitatorio para la contratación del servicio de aseo, pero [...] circunstancias especiales han condicionado la realización del trámite precontractual y la conclusión de la adjudicación del servicio:

3) La UAESP, para poder adelantar la licitación pública para la prestación del servicio de aseo, debía esperar el pronunciamiento y aprobación de la Corte Constitucional del esquema de metas a cumplir a corto plazo para la inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo, lo cual habilitaría a la entidad para estructurar el modelo de prestación del servicio de aseo que incluya la recolección de residuos aprovechables y no aprovechables [...]

5) La licitación pública para la prestación del servicio de aseo depende de la estructuración final por parte de la UAESP del esquema de inclusión de los recicladores, ordenado por la Corte Constitucional. La implementación organizativa y operativa del esquema requiere de los resultados del censo de recicladores cuya actualización ordenó la Corte. Si bien se contrató tal labor desde el mes de marzo, sus resultados finales no serán entregados hasta finales del mes de agosto”.

7) Para la UAESP es concluyente que la estructuración de la licitación se condicionaba a lo que resolviera la CRA (se refiere a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional a dicha entidad) [...] más si se tiene en cuenta que la intención de la Corte Constitucional es que la Comisión defina los parámetros y fórmula tarifaria para la actividad de aprovechamiento como un componente del servicio de aseo, que contemple los costos no solo (sic) la actividad de separación, recolección y transporte, sino también la de reciclaje, pretransformación y transformación y su infraestructura relacionada, como son las bodegas, centros de acopio y los parques de reciclaje [...]

8) La estructuración del proceso licitatorio estaba condicionada a que se decidiera por la autoridad competente lo relacionado con la legalidad de incluir Áreas de Servicio Exclusivo, ASE, para la actividad de aprovechamiento y para los grandes generadores lo cual viabiliza en (sic) cierre financiero del esquema [...]

9) La UAESP ha planificado la licitación pública para que quede estructurada antes de que concluya el plazo de vencimiento de la declaratoria de urgencia manifiesta, pero el inicio y conclusión del proceso precontractual tendría que realizarse con posterioridad al

⁶² Folio 5. Anexo No. 18.

vencimiento de dicho término en razón de los tiempos que demanda el proceso licitatorio bajo el régimen de la contratación estatal, que para este tipo de concesiones es superior a cuatro meses, y porque la verificación de motivos a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, demanda en promedio tres meses, desde el momento en que se presenta la solicitud [...]

10) El trámite de la licitación pública para la concesión del servicio de aseo es de una complejidad mayor al promedio, por razones de la cuantía del negocio y por las especificaciones que requiere el pliego en lo relacionado con los aspectos operativos, técnicos, económicos y financieros del modelo de la concesión [...]

11) [...] La organización del criterio tarifario que se debe incluir en los pliegos depende de las decisiones que al respecto adopte la CRA, lo cual a la fecha no ha sido decidido en forma satisfactoria por el ente regulador. Al respecto, debe señalarse que la Comisión le manifestó a la Corte que solo hasta octubre del 2013 concluirá la nueva metodología tarifaria que incluiría los parámetros para la actividad del aprovechamiento en cumplimiento del Auto 275 del 2011 [...]

Como puede observarse, la estructuración e implementación de la licitación no se reduce a un proceso de menor complejidad consistente en vincular el esquema de inclusión a un proceso de selección. Por el contrario, la estructuración y conclusión del proceso contractual ha estado condicionada a que se adopten decisiones por parte de otras autoridades administrativas, principalmente de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, de la conclusión de estudios, como corresponde al de actualización del censo de recicladores, a que previamente se hayan resuelto necesidades de orden presupuestal, y a las demás mencionadas en las consideraciones presentadas en esta respuesta. Es por estas razones y la necesidad de operativizar en modelo que priorice el aprovechamiento, junto con los estudios que ello requiere que la licitación no ha podido concluirse”.

Como parte del proceso de reorganización del servicio público de aseo reorientado hacia el aprovechamiento, la UAESP inició una serie de acciones dirigidas al cumplimiento de dos logros: “1. La creación de las organizaciones de recicladores autorizadas, ORA, y 2. El reconocimiento económico de la actividad desarrollada por los recicladores de oficio”.

Para la conformación de las organizaciones de recicladores autorizadas, ORA, se necesitó el informe final de la actualización del censo realizado por la Universidad Distrital, de acuerdo con el cual “[...] se ha evidenciado una problemática bastante compleja en la medida en que al ser una población tan vulnerable, en especial aquellos que no hacen parte de ninguna organización y que ascienden al 70% de la población, presentan dificultades para constituirse en organizaciones prestadoras del servicio”⁶³.

El Director General (E) de la UAESP, mediante oficio No. 281450/12⁶⁴, indicó a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública que esa entidad “[...] está adelantando el proceso para que vía licitación se concesione el servicio de aseo en el componente de recolección, barrido y limpieza (RBL), con inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo y, en tanto que el proceso precontractual

⁶³ Folio 1745

⁶⁴ Folios 238 a 243. Anexo No. 5

concluye, se mantendrá vigente la urgencia manifiesta declarada en febrero del año 2012, y la contratación para la prestación del servicio por parte de los actuales operadores, ya sea por vía prórroga o nueva contratación directa [...] El sustento jurídico es el marco normativo contenido en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, que tipifica las circunstancias y condiciones bajo las cuales se declara la urgencia manifiesta, cuya vigencia se mantiene hasta que cesen las condiciones y circunstancias bajo las cuales se fundó su declaratoria, que para el caso concreto es la adjudicación de la concesión vía ASE del servicio RBL; concesión que debe arrancar a la par con el esquema de inclusión de recicladores para el servicio de la actividad y aprovechamiento, conforme al esquema operativo para la prestación de servicio de aprovechamiento, establecido en el documento del plan de inclusión para la población recicladora”.

El Estudio de Factibilidad Técnica, Económica y Financiera⁶⁵, para la verificación de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión del servicio público domiciliario de aseo en Bogotá 2014-2022, se elaboró atendiendo no solo las disposiciones constitucionales y legales sobre este servicio, sino, además, dos imperativos ineludibles para la administración distrital, a saber:

1. El Acuerdo 489 del 2012 del Concejo de Bogotá –por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C., 2012-2016 Bogotá Humana, que establece en el artículo 30 el Programa Basura Cero.
2. Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional al Distrito Capital, UAESP, contenidas en la Sentencia T-724 del 2003 y en los autos 268 del 2010 y 275 del 2011.

De acuerdo con el estudio de factibilidad, en el que se incorporaron los compromisos adquiridos por la UAESP, se tiene que:

“i) [...] el proceso de selección objetiva que se adelanta para adjudicar la operación del servicio público de aseo a operadores del servicio de residuos ordinarios no puede ser visto de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento”;

ii) “La exclusividad se extiende por lo dicho anteriormente a las actividades de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables al relleno sanitario, barrido, limpieza, poda de árboles y corte de césped, de conformidad con los requerimientos establecidos en el reglamento técnico operativo para la prestación el servicio. Tal exclusividad no se extiende en ningún caso a las actividades propias del servicio de recolección y transporte de residuos

⁶⁵ Folios 99 y s.s. del Anexo No. 3 y CD.

potencialmente aprovechables en las rutas ecológicas, cuya operación estará a cargo de los recicladores de oficio, formalizados y regularizados a través de organizaciones autorizadas para la prestación de servicios públicos, conforme lo establece la Ley 142 de 1994”;

iii) De conformidad con lo establecido en la Resolución CRA 151 de 2001 [...] el término de duración de las áreas se extiende por un periodo de ocho (8) años, contados a partir de la firma del acta de inicio de actividades por parte del respectivo operador”;

iv) **“La medida de operar el servicio de aseo a partir del 18 de diciembre por un periodo transitorio de un (1) año mediante Convenio Interadministrativo con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP - EAAB ESP, responde a la necesidad de contar con espacio para la organización del esquema operativo del sistema de aprovechamiento operado por la población recicladora de acuerdo con las órdenes de la H. Corte Constitucional mediante el Auto 275”;**

v) “Adelantar una licitación de aseo de manera inmediata no es posible por las condiciones señaladas, que implicarían además suscribir un contrato a 8 años, que no podría modificarse a la luz de la nueva reglamentación tarifaria establecida por la CRA, que será emitida por esta entidad en octubre de 2013, según el cronograma presentado a la H. Corte Constitucional. Siendo este motivo un posible riesgo que implique desequilibrios financieros en los contratos de operación del servicio público de aseo en el componente de aprovechamiento”.

De acuerdo con lo anterior, está probado en el expediente que hubo distintas razones que dificultaron la realización del proceso licitatorio para la contratación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en el que además debía tenerse en cuenta las órdenes de la Corte Constitucional, que involucraban de manera concurrente a varias autoridades para su cumplimiento, dentro del marco de sus competencias, siendo ello una condición para el trámite precontractual para la adjudicación del servicio de aseo.

En efecto, el esquema de metas presentado por la UAESP estableció el proceso licitatorio como modelo de contratación para la prestación del servicio público de aseo a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo. Sin embargo, según quedó demostrado, la estructuración del proceso licitatorio en el plazo comprendido entre el mes de abril del 2012, fecha en la que fue aprobado por la Corte Constitucional el plan de inclusión presentado por la UAESP, y el mes de diciembre del 2012 no fue posible debido a las razones que la misma UAESP explicó y que, en modo alguno, se le pueden atribuir a omisión de quien fungía para esas fechas como Alcalde Mayor de Bogotá.

Entre las actuaciones que debía cumplir la UAESP, de acuerdo con el plan de inclusión, antes de dar inicio y apertura a una licitación pública para la prestación del servicio de aseo, estuvieron, entre otras: (i) la reorganización del servicio público para que los recicladores de oficio participaran como prestadores del mismo en óptimas condiciones, a través de empresas, centros de acopio y parques de reciclaje autorizados, (ii) la formalización al 100% de la población de

recicladores de oficio, haciendo efectiva la remuneración estable por su labor y el acceso a la seguridad social, (iii) el desarrollo de un marco regulatorio que garantizara la separación en la fuente, la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento y el reconocimiento efectivo del trabajo de los recicladores de oficio y (iv) disponer de un marco normativo apropiado que permitiera en el servicio de aseo de Bogotá la separación de los componentes de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos ordinarios a cargo de los operadores privados en áreas de servicio exclusivo, ASE, de la recolección, transporte y aprovechamiento de material recuperable, a cargo de la población de recicladores de oficio, de manera que estas dos actividades se realizaran en forma coordinada y en todo caso garantizara a la ciudad un servicio de aseo eficiente, económico y de calidad⁶⁶.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento.

Es más, la misma Procuraduría General de la Nación reconoció que la administración no podía iniciar el proceso de licitación. Al respecto señaló que: “es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio del 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo”⁶⁷.

En los términos en los que fue planteado el cargo, las circunstancias particulares que antecedieron a la suscripción de los mencionados contratos no evidencian el desconocimiento del deber previsto en la Ley 632 del 2000 sobre la asignación de áreas de servicio exclusivo mediante la celebración de contratos de concesión

⁶⁶ Folio 49. Anexo 18.

⁶⁷ Pág. 145 del acto sancionatorio.

previa la realización de licitación pública.

Adicionalmente, el contrato No. 017 del 2012 es un contrato interadministrativo que se formalizó por contratación directa, de conformidad con lo autorizado en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, y reglamentado en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 del 2012, que procede por estar sustancialmente relacionado el objeto contractual con el objeto social de la entidad ejecutora: EAAB. No se trata de una contratación “irregular” como se califica al sustentar la falta disciplinaria.

En efecto, el mismo Director (E) de la UAESP, mediante acto administrativo, resolvió declarar justificada la contratación directa, de conformidad con lo autorizado por el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 del 2007, para la celebración de un contrato interadministrativo con la EAAB E.S.P⁶⁸ con el objeto de “garantizar la prestación continua y eficiente del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. mientras se implementa de manera definitiva el esquema operativo y contractual bajo el cual se prestará el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., se surte el trámite de la verificación de motivos para la concesión del servicio de aseo con la inclusión de ASE, conforme al procedimiento previsto en la sección 1.3.7 de la Resolución CRA 151 del 2001, y se adelante el proceso precontractual que ordena la ley para la conveniencia y oportunidad de suscribir un contrato de operación con una empresa de servicios públicos oficial que garantice la prestación continua y eficiente del servicio a todos los usuarios de la ciudad, sin importar su condición económica y las condiciones de accesibilidad para la prestación del servicio, que contribuya de manera efectiva a la ejecución del programa del gobierno distrital de “Basura Cero” contenido en el Plan de Desarrollo 2012 – 2016 Bogotá Humana (Acuerdo 489 del 2012 del Consejo Distrital), que enfoque la prestación del servicio de aseo hacia el aprovechamiento, y que permita la implementación gradual del esquema de inclusión de la población recicladora, la cual, por mandato del Auto de la Corte Constitucional No. 275 del 2011, tiene la exclusividad para la prestación de esta actividad complementaria”.

Para la Sala, entonces, a partir de las especiales situaciones a las que se vio abocado el Distrito Capital en la implementación de un nuevo modelo o esquema de aseo que integra: (i) las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Auto 275/11, (ii) el Programa Basura Cero y (iii) el esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos

⁶⁸ Folios 35 y ss. Anexo 2.

de la ciudad de Bogotá, las decisiones adoptadas por el exalcalde Mayor de Bogotá, en particular en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, no transgredieron sus deberes funcionales y no se adecuaron a la descripción normativa de la falta disciplinaria que se le endilga.

En este aspecto, es necesario resaltar que la Fiscalía General de la Nación, en providencia del 21 de noviembre del 2014, dispuso archivar la investigación adelantada contra Gustavo Francisco Petro Urrego y otros, por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción y concierto para delinquir, con ocasión de la indagación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la implementación del nuevo modelo de aseo de Bogotá.

Aun cuando se trata de responsabilidades de distinta índole frente a la conducta asumida por el servidor público, en el presente caso concurre el hecho de la inobservancia de los principios que orientan la función pública y, en especial, la contratación estatal como supuesto normativo que soporta el acto típico penal y la falta disciplinaria imputada.

Frente a este hecho, para la Fiscalía General de la Nación, “[...] lo cierto es que una revisión minuciosa del contrato interadministrativo No. 017 del 2012 y de sus antecedentes, revela que el mismo no estuvo cimentado en una urgencia, así puede concluirse pues dentro del acto administrativo de justificación de contratación directa, como en la motivación del contrato se hace alusión a lo normado en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, esto es, a la contratación para encomendar la prestación de servicios públicos; así como también se invocó expresamente lo dispuesto en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 del 2011, que puntualmente hace referencia a la contratación directa bajo la modalidad de contrato interadministrativo [...] la UAESP estaba autorizada a contratar directamente, bajo la modalidad de contrato interadministrativo, la gestión y operación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., con la EAB, considerando que las restricciones establecidas en los regímenes de contratación pública y servicios públicos domiciliarios, o bien no cobijan las entidades contratantes o al objeto del contrato propiamente dicho”⁶⁹.

Ahora bien, frente a la violación de los principios de contratación estatal, por haber

⁶⁹ Folios 1044-1095, cuaderno 2 del expediente.

contratado con dos empresas del Distrito que no contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo, la Sala advierte que en los estudios previos elaborados por la UAESP se señaló que “[...] la empresa que cumple con esas condiciones es la EAAB por ser una empresa de vasta experiencia, con una estructura patrimonial de gran envergadura, con solvencia financiera a toda prueba, pero especialmente por el contar con una capacidad operativa y administrativa excepcional en la prestación de servicios de agua y saneamiento” ⁷⁰. Empero, la Procuraduría desestimó lo dicho, sin identificar y explicar en detalle cuáles eran las “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas” sobre la capacidad de la EAAB. El único hecho que en este punto manifestó la Procuraduría está referido a la proximidad entre la modificación del objeto social de la EAAB y la entrada en operación del nuevo esquema en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al cual la entidad le atribuye calidad de suficiente para demostrar la “incapacidad absoluta” de la EAAB para asumir la prestación del servicio de aseo.

La Sala considera que la Procuraduría General de la Nación no tuvo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional posteriores al auto 275 del 2011, en los que, en múltiples ocasiones, instó a la UAESP para que continuara con el proceso de implementación del nuevo modelo transitorio de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al evidenciarse importantes avances en la adopción de acciones afirmativas a favor de la población recicladora.

Asimismo, se destaca que el ente de control no indicó en el acto administrativo sancionatorio, cuáles eran las “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas” consignadas en los estudios previos a la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 2012, como tampoco se muestra el cumplimiento de la actividad probatoria requerida en esta clase de asuntos⁷¹ con miras a obtener una prueba idónea que acreditara plenamente el hecho imputado. Para la Procuraduría General de la Nación bastaron los apartes de los estudios previos que se trajeron al proceso administrativo sancionatorio, para concluir que la EAAB no contaba con la experiencia, idoneidad y capacidad operativa requeridas para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., lo cual, a juicio de la Sala, dio lugar a una imputación imprecisa a partir de una apreciación de la prueba que carece de razonabilidad, lo que sin duda alguna dificulta el derecho de contradicción y de

⁷⁰ Ver folio 478 del cuaderno original No. 3.

⁷¹ De conformidad con los artículos 128 y 129 del CDU, le compete al funcionario instructor en materia disciplinaria la obligación de “buscar la verdad real”, esto, a través de la consecución imparcial de las pruebas para establecer si hay o no lugar a declarar la responsabilidad disciplinaria de un servidor público.

defensa del disciplinado.

Además, la cláusula 17 del convenio 017 del 2012 preveía la posibilidad de que la EAAB “se apoyara en otras empresas prestadoras de servicios públicos” para cumplir a satisfacción con el objeto del contrato, sin que ello implicara un “desprendimiento de sus responsabilidades”. Prueba de esto último lo constituye el hecho de que, incluso con posterioridad a la suscripción del contrato 0809 del 2012, la EAAB siguió adelantando actuaciones tendientes a la puesta en marcha del nuevo esquema en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, como lo fue la firma de los dos contratos para la adquisición de maquinaria.

Según quedó visto, la Procuraduría incurrió en los siguientes vacíos: (i) no verificó el alcance de la cláusula 17 del referido contrato interadministrativo, (ii) no constató si la EAAB había trasladado todas sus obligaciones contractuales a otra empresa prestadora de servicios públicos y (iii) no comprobó la actividad contractual de la referida empresa con posterioridad a la suscripción del convenio interadministrativo 0809 del 2012, para concluir que la EAB había asumido la totalidad de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Fuera de lo anterior, la Procuraduría manifestó que el documento *Análisis jurídico, técnico, administrativo y financiero para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá D.C.*, constitutivo del estudio previo, dejó en evidencia la falta de experiencia, idoneidad y capacidad operativa de la EAB para asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, a diferencia de este análisis, la Sala no pasa por alto que el referido documento señala que esa empresa contaba con “una organización administrativa y logística que [podía] extenderse al servicio de aseo considerando su conocimiento y experiencia en la administración y operación del relleno sanitario de la ciudad, maquinaria pesada, manejo de tripulaciones de técnicos, operarios y ruteo, estrategias de comunicación, manejo de grandes y pequeños clientes, gestión social implementada, disposición final de residuos, entre otros”⁷².

La anterior manifestación, consignada en la propuesta presentada por la EAB, sostiene que esa empresa sí contaba con experiencia necesaria para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al señalar concretamente su participación en la administración del Relleno Sanitario Doña Juana. Sin embargo, en criterio de la Sala, la Procuraduría General de la Nación descalificó la

⁷² Folio 497 del cuaderno original No. 3.

experiencia que la EAB acreditó ante la EAAB para suscribir el convenio interadministrativo 0809 del 2012, sin verificar las condiciones en las que se venía administrando y operando el Relleno Sanitario Doña Juana, esto, como punto de referencia para establecer si la EAB contaba o no con experiencia en la materia.

Tampoco se evidencia un análisis juicioso sobre la supuesta falta de conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo a partir de la prueba documental allegada a la actuación administrativa, dentro de la que cuenta i) el “análisis jurídico, técnico y financiero para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá D.C., a cargo de la EAAB”⁷³ y ii) el “Análisis Jurídico, Técnico, Administrativo y Financiero para la operación del servicio público de aseo en Bogotá, D.C., a cargo de Aguas de Bogotá. S.A., E.S.P.”⁷⁴.

A través de estos documentos, cada una de las empresas de servicios públicos concernidas sustenta el conocimiento y la experiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, así como la capacidad financiera, administrativa y operativa para asumir la prestación del servicio de aseo.

En el análisis económico y financiero de la EAAB se indica que:

“El sólido Perfil Financiero de la EAAB está soportado en que es la empresa de acueducto y alcantarillado más grande del país en términos de ingresos (1,3 billones anuales), activos fortalecidos gracias a la ejecución de planes de inversión que la ubican con la mayor infraestructura para los servicios de acueducto y alcantarillado (activos por \$9,8 billones) con los cuales satisface las necesidades de una población cercana a los 8 millones de habitantes con altos índices de cobertura (99%) y continuidad (99%) en la prestación de servicios. En las proyecciones financieras se incorpora la ejecución del plan de inversión por \$2,5 billones proyectados para el período 2012-2016 [...]

El informe de calificación AAA otorgado por Fitch Raitings destaca que la Empresa cuenta con un monto de crédito aprobado hasta \$395.000 millones y una robusta Posición de Liquidez y métricas Crediticias que se mantienen fuertes aún en escenarios ácidos con reducciones del Ebitda a niveles de 37,38%.

Para incursionar en el nuevo negocio se pretende suscribir un Contrato Interadministrativo con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.

Y la Empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. “tiene una organización administrativa y logística que puede extenderse al servicio de aseo, considerando su conocimiento y experiencia en la Administración y Operación del Relleno Sanitario de la Ciudad, maquinaria pesada, manejo de tripulaciones de técnicos, operarios y

⁷³ Folios 110 y ss. Anexo 15.

⁷⁴ Folios 147 y ss. Anexo 15.

ruteo, estrategias de comunicación, manejo de grandes y pequeños clientes, gestión social implementada, disposición final de residuos, entre otros [...] el músculo financiero de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. está soportado en la ejecución de proyectos como PDA Guajira, PDA Boyacá, Interventoría Emergencias Ola Invernal Cundinamarca, Operación de la PTAR El Salitre, Operación Acueducto Interveredal “Arboreto” entre otros [...] La estabilidad de los ingresos está garantizada mediante las tarifas reguladas que incorporan la remuneración a las actividades de inversión y operación”.

A juicio de la Sala, la Procuraduría no cumplió con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación y que correspondían a las “notables deficiencias de los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n°. 0809 del 4 de diciembre del 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá”. Tampoco se desvirtuó el contenido de los estudios allegados por las respectivas entidades.

Según se acreditó en el expediente, los estudios previos se realizaron de conformidad con el numeral 12 del artículo 25⁷⁵ de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 2.1.1. del Decreto 734 del 2012⁷⁶.

La prueba testimonial, contrario a lo considerado por el ente de control, justifica el contenido de los análisis técnicos presentados por las mismas entidades. El testigo Jorge Pino Ricci al ser interrogado, en su condición de asesor de la EAAB⁷⁷, sobre hechos relacionados con la capacidad de esta entidad para prestar el servicio de aseo, señaló:

“¿Conforme a su conocimiento en la materia, explíquenos si la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá tiene la capacidad jurídica para prestar el servicio público domiciliario de aseo?

R/ “Esa fue uno, una de las inquietudes que tuvimos que examinar junto con varios asesores en la empresa de acueducto, bajo la administración del doctor Diego Bravo, la conclusión a la que llegamos (sic) el grupo jurídico de la empresa con mi asesoría externa es que incluso la empresa de acueducto no necesitaba cambiar sus estatutos para asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad, de varias expresiones que están contenidas en sus estatutos se podía deducir claramente que, en general, estaba facultada para la prestación y para celebrar contratos cuyo objeto fuera la prestación del servicio domiciliario de aseo. Sin embargo, para evitar cualquier duda e inquietud aunque, insisto, a mi juicio, en mi opinión profesional, eso no era necesario, no traje aquí los estatutos de la empresa, pero fácilmente se podrán revisar donde hay expresiones que, digamos, que la, que lo permiten y también que disposiciones legales de la Ley 142 de 1993 se deduce que, sin modificar los estatutos

⁷⁵ Modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 del 2011. Previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

⁷⁶ La fecha de elaboración de los estudios data del 1 de octubre del 2012 (Folios 1-32. Anexo No. 2).

⁷⁷ El testigo celebró un contrato de asesoría en materia contractual con la EAAB.

la empresa, tenía facultades, pero para evitar cualquier controversia o discusión se aprobó por parte del Consejo Directivo una adición a los estatutos, en las que quedara y no existirá ninguna duda, de que, digamos, la empresa tenía ese objeto”⁷⁸.

De acuerdo con el conocimiento del testigo respecto de la capacidad jurídica de la entidad no era necesaria la adición a los estatutos en cuanto a incluir en el objeto la prestación del servicio público de aseo, pues la empresa estaba facultada para ello.

Al respecto, la Sala agrega que la junta directiva de la EAAB expidió sus estatutos mediante el Acuerdo No. 11 del 2010, en el que definió la naturaleza jurídica y el objeto social de la entidad, y mediante Acuerdo No. 12 de 5 de septiembre del 2012 se modificó parcialmente el aludido acuerdo, en el sentido de incluir en el objeto la prestación de servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Estos actos, expedidos en ejercicio de la facultad estatutaria de la entidad, gozaban de presunción de legalidad⁷⁹, y el hecho de haberse producido esa adición al objeto social el 5 de septiembre del 2012, con anterioridad a la suscripción de los contratos interadministrativos, no constituye un hecho indiciario sobre la falta de capacidad técnica y operativa de la empresa. La decisión se produce en desarrollo de las medidas que adoptó la administración distrital para implementar la prestación del servicio de aseo en el esquema que había sido definido en marzo del 2012.

Sobre la capacidad financiera⁸⁰, el testigo Pino Ricci señaló:

“Despejado, digamos, el tema jurídico, pues había que entrar a examinar si la empresa tenía también las condiciones financieras, insisto, técnicas y administrativas que le pudieran permitir cumplir con el objeto. Dentro de este marco, digamos, de la asesoría tuve la oportunidad de participar en varias reuniones en las que igualmente se discutió el tema y, digamos desde el punto de vista financiero, nos reunimos con el área financiera de la empresa porque normalmente se hacían reuniones no solamente de abogados sino también de las distintas personas que por la competencia interna de la empresa tenían que participar, y pues obviamente financieramente el subgerente financiero reiteraba y señalaba que la empresa de acueducto era una empresa absolutamente sólida desde el punto de vista financiero que tenía los recursos suficientes para invertirlos en la propia (sic) desarrollo de los servicios domiciliarios que venía adelantando así como eventualmente para asumir

⁷⁸ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 6.

⁷⁹ La declaratoria de nulidad, mediante sentencia del 24 de agosto del 2017 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección Primera, Subsección A, del Acuerdo 12 del 5 de septiembre del 2012 “por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 11 del 13 de septiembre del 2010 proferido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. E.S.P., es un hecho posterior a la decisión sancionatoria, que no puede oponerse al demandante, pues frente a los motivos de ilegalidad de la decisión dentro de la actuación administrativa sancionatoria el disciplinado no ejerció su derecho de contradicción y defensa. Además, es claro que para la fecha en la que, con fundamento en el Acuerdo 12 del 5 de septiembre del 2012, se suscribieron los contratos interadministrativos con los que se pretendía dar continuidad en la prestación del servicio, este acto, que facultada a la EAAB para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, estaba amparado por la presunción de legalidad, lo que significa que gozaba de la prerrogativa de producir efectos jurídicos, esto es, de ser eficaz. La sentencia fue adicionada mediante decisión del 26 de octubre del 2017.

⁸⁰ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 16.

nuevos negocios, entonces es una de las empresas más sólidas desde el punto de vista financiero del Distrito. Lo repito aquí porque, digamos, lo escuché en varias de las reuniones que se realizaron para el efecto [...]”.

Sobre la capacidad técnica⁸¹:

“Desde el punto de vista técnico recuerdo perfectamente que los técnicos manifestaban y si habrán sido citados aquí alguna declaración tendrán que advertirlo, que la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado es muchísimo más compleja que la prestación del servicio de aseo, porque decían que la prestación del servicio de aseo simplemente es recoger en un carro que debe tener unas condiciones, unas bolsas llenas de basura, digamos el mayor, no hay de hecho la prestación del servicio no tiene una gran complejidad, es un carro que está fabricado para esos efectos y que unas personas van se bajan con cuidado les enseñan cómo hacerlo, con sus [...] (inaudible) recogen las basuras y la meten en el carro, entonces decían los técnicos cosa distinta es la prestación del servicio de acueducto, del servicio de alcantarillado, que requiere unas obras complejas, que requiere un seguimiento milimétrico desde el punto de vista técnico y de la operación, para que no se puedan, vayan a quedar barrios enteros sin el servicio, etcétera. Entonces, decían la empresa sí ha venido satisfactoriamente prestando el servicio de acueducto y alcantarillado, pues no tendría, digamos, ningún problema en celebrar un contrato para la prestación de esta clase de servicios y eventualmente hacerlo directamente o tomar la decisión de subcontratar, pero bajo su coordinación, bajo su gerencia, bajo su dirección, etcétera”.

Sobre la capacidad administrativa⁸²:

“Desde el punto de vista administrativo, pues se examinó que la empresa tenía una gran cantidad de subgerentes que han venido trabajando desde hace varios años en la prestación de servicios públicos domiciliarios y de personas que saben cómo se organiza un servicio, etcétera. Entonces, llegamos todos a la conclusión que la empresa de acueducto y alcantarillado tenía no solamente la capacidad jurídica, sino también la experiencia, la idoneidad y la capacidad financiera y técnica para poder asumir la prestación del servicio”.

El testigo Marino Tadeo Henao Ospina, sobre la idoneidad de la Empresa de Acueducto para prestar el servicio público de aseo, señaló que los prestadores de servicios acreditan una capacidad administrativa y financiera, y que existen áreas específicas en las que pueden subcontratar. Al ser interrogado, el testigo expresó:

“¿Tiene conocimiento si la Empresa de Acueducto en su oportunidad realizó todos los estudios correspondientes, técnicos, financieros y jurídicos, para verificar si tenía la capacidad para prestar el servicio de aseo?

R/ “Sí. Y yo recuerdo que hubo varias reuniones en la que esto se examinó y la empresa sacó un documento, se logró un documento, ese documento yo lo vi, lo revisé desde el punto de vista jurídico y realmente la empresa tenía la idoneidad, la idoneidad para prestar ese servicio, claro hay que entender una cosa, digamos los prestadores de servicios, lo que tienen prácticamente en cualquier parte del mundo es una capacidad administrativa y financiera, porque hay áreas específicas que es normal que se subcontratan, ni siquiera es deseable que una empresa de servicios públicos haga todo, la tercerización o el *outsourcing* es lo normal realmente en la gestión de servicios públicos. Entonces, realmente lo que una empresa tiene que tener es una, y bueno en todas partes del mundo ocurre, pero aquí también, aquí en Colombia es lo normal, una entidad, una empresa privada o pública, cuando quiere concurrir o prestar un servicio público, pues lo que tiene que acreditar es su idoneidad en términos de tener una capacidad administrativa, una capacidad financiera que le permite movilizar otros recursos públicos o privados para la adecuada prestación del

⁸¹ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 18.

⁸² DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 20.

servicio, entonces, pues, digamos hay muchas actividades que en eso es normal que se subcontratan, por ejemplo”⁸³.

El Ingeniero Carlos Alberto Acero Arango⁸⁴, al ser interrogado, ¿por qué usted sostiene o sostuvo en ese momento y sostiene ahora que en ese momento la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no tenía la experiencia y conocimiento en el servicio de aseo?, expresa una apreciación, que en criterio de la Sala, no es contundente ni desvirtúa el análisis técnico contenido en el documento ya mencionado. Sobre la falta de experiencia y conocimiento de la empresa, el testigo señala que “el hecho cierto es que no la tenía dentro del organigrama de la empresa de acueducto y dentro de la empresa de acueducto no había las personas idóneas para manejar el tema de aseo, precisamente lo que se pretendía era buscar el apoyo para que personas idóneas se encargaran de ese tema dentro de la empresa de acueducto o como se decidiera en el modelo. Lo único es que lo que manifestaba ahí es que nosotros operativamente seríamos capaces de manejar el tema de aseo si nos daban el tiempo para organizar los profesionales que estaban ahí, si no tenía que ser periféricos tenía que llegar alguien que supiera de eso, para que lo organizara, eso fue más o menos lo que le comenté al Doctor Diego Bravo sobre el tema, fue receptivo y dijo que él comentaba el tema con el Alcalde”.

La declaración del ingeniero Darío Arturo Beltrán Ortiz⁸⁵ coincide con el anterior testigo en el sentido de derivar la falta de capacidad de la EAAB, “porque nadie de su personal tenía experiencia en la prestación del servicio de aseo”. Afirmación asilada que frente a la prueba documental tampoco desvirtúa el contenido de los análisis técnicos.

Tampoco el hecho de que la EAB haya suscrito múltiples contratos entre el 18 y 22 de diciembre del 2012 ponía en evidencia, como lo cuestionó la Procuraduría General de la Nación, la falta de capacidad e idoneidad para asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., pues, en primer lugar, la Sala echa de menos un análisis detenido sobre el objeto y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se suscribió cada uno de esos contratos y, en segundo lugar, la sola cita de los citados contratos constituye prueba de su

⁸³ El testigo celebró un contrato de prestación de servicios para asesoría jurídica con la EAAB sobre regulaciones de servicios públicos. DVD. Declaración Marino Tadeo Henao Ospina.

⁸⁴ El testigo fue gerente en el periodo 2012-2013 del Sistema Maestro de Bogotá. DVD. Declaración Carlos Alberto Acero, minuto 13.

⁸⁵ El testigo realizó una consultoría con la EAAB. DVD. Declaración Darío Arturo Beltrán, minuto 15.

existencia, pero en ningún momento se deja en evidencia la falta de capacidad e idoneidad de la EAB.

Así mismo, la Procuraduría señaló que existían varios documentos que daban cuenta de la incapacidad económica de la EAB. Entre ellos, el informe de revisoría fiscal, efectuado por la firma Deloitte & Touche Ltda., a la referida empresa. Sin embargo, la Sala estima que el citado informe hace referencia “a unas posibles falencias de los estados financieros de la empresa Aguas de Bogotá”, lo que no es concluyente frente a la supuesta falta de capacidad económica de la EAB.

De igual forma, respecto al informe de auditoría de noviembre del 2011, elaborado por la Contraloría Distrital de Bogotá, la Sala considera que tampoco constituye prueba de la falta de capacidad económica de la EAB para ejecutar el contrato, toda vez que el informe de “manera general” arriba a la conclusión de que la EAB no era solvente en materia económica, en gran medida por los costos y gastos en los que incurría para su funcionamiento, sin que en el mismo se identificara en concreto el estado financiero actual de la empresa y, mucho menos, si esta era capaz de asumir la prestación del servicio público de aseo.

Se observa que en la actuación disciplinaria no existe una prueba que evidencie un análisis técnico contable sobre el estado financiero de la EAB que demuestre que no tenía la aptitud para cumplir con el objeto del contrato, de acuerdo con las condiciones financieras del mercado, sino que, a juicio de la Sala, el ente de control arribó a dicha conclusión con fundamento en una serie de documentos no concluyentes en abierta contradicción con el principio de necesidad de la prueba y “búsqueda de la verdad real”.

Ahora bien, el hecho de que se hubiera suscrito un otrosí al contrato 017 del 2012 no puede llevar a concluir, como mal lo hace la Procuraduría, que las empresas del Distrito no tuvieran la capacidad, idoneidad y experiencia para asumir en un ciento por ciento la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, pues dicha conclusión no encuentra respaldo en las pruebas que se allegaron a la actuación administrativa sancionatoria. Es de resaltar que desde la expedición del Decreto 564 del 2012, esto es, antes de la suscripción del otrosí al contrato 017 del 2012, la administración distrital de Bogotá había considerado la posibilidad de que personas jurídicas de naturaleza privada pudieran prestar el servicio de aseo⁸⁶.

⁸⁶ Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre del 2006. Artículo 116.

Así las cosas, la argumentación que sirve a la Procuraduría para dar por probada la supuesta incapacidad técnica y operativa de las empresas EAAB y EAB, además de ligera, pasa por alto el contenido del Decreto 564 del 2012 y, en consecuencia, desconoce los principios de apreciación integral e imparcialidad de la prueba, al no evidenciarse una valoración completa de las circunstancias de hecho y de derecho que antecedieron la suscripción del otrosí al contrato 017 del 2012.

La ausencia de capacidad operativa y técnica de una empresa industrial y comercial del Distrito, como la EAAB, y de una empresa de servicios públicos domiciliarios, como la EAB, no es una circunstancia que se pueda evidenciar a simple vista. Es un hecho que requiere de verificación. Para la Sala, la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio de necesidad de la prueba al dar por probada la falta de capacidad técnica y operativa de las empresas EAAB y EAB mediante lo que denominó como hechos notorios acaecidos los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 en la ciudad de Bogotá D.C.

De acuerdo con todo lo narrado, la Sala concluye que en este caso no se tipifica la falta atribuida al disciplinado, en razón a que los hechos sobre los que se sustentó la imputación no fueron probados en el proceso disciplinario.

El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerrequisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción⁸⁷. La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

Pero, en este caso, la Procuraduría General de la Nación, al efectuar este proceso de adecuación típica de los hechos a partir de los cuales efectuó la imputación al disciplinado, confundió su rol de autoridad disciplinaria de la conducta de los

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación Núm. 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

servidores públicos con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía.

Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria.

La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio.

Por las razones que anteceden, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo en cuanto impuso la sanción por la configuración de la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU por violación al principio de tipicidad.

2.2. Falta prevista en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La Procuraduría General de la Nación imputó esta falta con fundamento en que el Alcalde utilizó las disposiciones que lo habilitaban para expedir normas relativas al servicio de aseo, con el fin de violar el principio de libertad de empresa, así:

“El numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público ejerza las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante. En el presente caso, el señor Alcalde Mayor de Bogotá utilizó las normas del ordenamiento jurídico, que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, para violar el principio de libertad de empresa, aspecto este último que se constituyó en una finalidad totalmente diferente a las normas constitucionales y legales que regían esta especial materia”.

Del texto de los actos demandados se observa que la falta se formuló sobre los siguientes supuestos:

1. Haber expedido el Decreto 564 del 2012 mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.
2. El esquema transitorio adoptado fue “totalmente contrario al ordenamiento jurídico”.

3. Con la adopción de ese esquema transitorio contrario a la ley se violó el principio constitucional de libertad de empresa. Las funciones del Alcalde Mayor de Bogotá no lo autorizaban para implementar un modelo de prestación del servicio de aseo por fuera de la ley, con el fin de afectar el principio de libertad de empresa.

4. Se impidió que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre del 2012, en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital, so pretexto, en términos del disciplinado, de “descartelizar el servicio de aseo”.

De acuerdo con la motivación del acto sancionatorio, la administración distrital consideró que la forma idónea para garantizar la libre competencia del mercado, la garantía en la cobertura total del servicio y el debido cumplimiento de las atribuciones de supervisión, vigilancia y control que le correspondían era la adjudicación, mediante licitación pública, de contratos de concesión en Áreas de Servicio Exclusivo.

Así mismo, en criterio de la Procuraduría, en el Decreto 564 del 2012 se indicó que entre el 17 y el 22 de diciembre del 2012 terminaban los contratos de concesión de los operadores del servicio público de aseo en el Distrito Capital, por lo tanto, era necesario garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo mientras se iniciaba la ejecución de los nuevos contratos de concesión, sin embargo, ello no se cumplió.

En el acto sancionatorio se consideró que las normas citadas por el disciplinado *no autorizaban el esquema transitorio adoptado en el Decreto 564 del 10 de diciembre del 2012* y advirtió que, de conformidad con lo ordenado en el artículo 40 de Ley 142 de 1992, que regula las áreas de servicio exclusivo, esta “era la única posibilidad legal que había para imponer alguna limitación al principio de libertad de empresa”⁸⁸.

La Procuraduría expuso que el Alcalde utilizó los preceptos en cita para “una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”, consistente en “la adopción de un esquema de aseo para la ciudad de Bogotá totalmente irregular”, que desconoció el principio de libertad de empresa previsto en el artículo 333 de la Carta Política⁸⁹.

⁸⁸ Pág. 463 del acto sancionatorio.

⁸⁹ Pág. 463 del acto sancionatorio.

Aunque la Procuraduría partió de la presunción de legalidad del Decreto 564 del 2012, señaló que ello no constituye impedimento para que “el juez disciplinario analice si en virtud de la expedición de actos administrativos el sujeto disciplinable ha cumplido o no sus deberes funcionales que su condición de servidor público le impone”.

En suma, para la Procuraduría General de la Nación, la conducta del Alcalde es típica frente a la falta imputada, porque utilizó las normas del ordenamiento jurídico que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, con una finalidad distinta a la prevista en dichas normas, y que se contrae, para el órgano de control, en la violación al principio de libertad de empresa.

Para resolver, **se considera:**

El numeral 60 del artículo 48 del CDU señala como falta gravísima:

“60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.

Frente a dicha falta disciplinaria se prevén los siguientes elementos:

- La existencia de una norma que otorga potestades al empleo o función (norma otorgante).
- El ejercicio de una potestad derivada del empleo o función (competencia del funcionario que puede ser material o funcional).
- Que dicho ejercicio se realice con una finalidad diferente a la prevista en la norma otorgante (desconocimiento de los fines de las normas que le sirven de fundamento a la actuación de la administración).

El funcionario que disciplina debe advertir que el acto (o la actuación) se profirió con desconocimiento de los fines previstos en la norma que otorga la competencia, evidenciando así la relación de subordinación entre el funcionario (o quien ejerce la función pública)⁹⁰ y el Estado, y el deber de obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa por el desconocimiento de un deber,

⁹⁰ “El derecho disciplinario se aplica en el marco de relaciones de subordinación entre el funcionario y el Estado, para exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administradora e imponer sanciones por la violación de los deberes, las obligaciones y la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades que la ley establece para el ejercicio de la función pública. Como su nombre lo indica, el objetivo que persigue el derecho disciplinario consiste en mantener la disciplina al interior de la institución estatal, lo cual constituye un objetivo político del Estado, diferente del que busca garantizar mediante el derecho penal” (Proyecto de Código Disciplinario Único, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, p. 22. Ponencia para el debate ante la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, en *Gaceta del Congreso*, N°. 626 del 6 de diciembre del 2001, p. 5. Cita realizada por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 247).

con el objetivo de dirigir el comportamiento del funcionario al cumplimiento de la función con sujeción al “bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.)”⁹¹.

La falta establecida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU lleva implícito un control de la conducta de quien expide el acto o desarrolla la actuación, desde el derecho disciplinario, con ocasión de la finalidad u objetivos del acto frente a las normas que habilitan su expedición. De ahí que la norma hable de una *finalidad distinta*, pero debe hacerse énfasis en que dicho control se hace a partir del control disciplinario, esto es, que se debe atar al cumplimiento de los deberes funcionales.

Esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que desvirtúe la presunción de legalidad de un acto administrativo, competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, se advierte que toda ilegalidad de un acto administrativo, así sea decretada por la jurisdicción contenciosa administrativa, no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales.

Para la Sala, en este caso, la adecuación típica de la falta sobre los presupuestos que señala el ente de control no se ajusta a los elementos integrantes del tipo, por las dos siguientes razones:

La primera, porque el análisis en el cumplimiento de los deberes funcionales atribuidos al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo que corresponde a la prestación eficiente de los servicios públicos, no está condicionado por la legalidad de los actos administrativos que expida para tal fin, por lo que la Sala considera que la Procuraduría, en el juicio de adecuación típica de la falta, confundió el fin del acto con la causal de ilegalidad por presunta violación al principio de libertad de empresa. Quiere decir lo anterior que el ente de control debió demostrar que existía un interés ilegítimo por parte del Alcalde Mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo, interés que se traduce en el hecho de que con dicha medida se hubiera derivado un beneficio para sí o para un tercero, que se alejaba de los fines atribuidos al ejercicio de la función pública y a la prestación del

⁹¹ “Con los deberes impuestos a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas se busca dirigir o encauzar la conducta de estos dentro de los parámetros del bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.). (Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá,. 2011, pág. 247).

servicio público de aseo en las condiciones y requerimientos exigidos a partir de lo previsto en la ley, por el juez constitucional.

Se reitera, esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que, a partir de un análisis de legalidad de un acto administrativo⁹², como consecuencia necesaria, se establezca la responsabilidad disciplinaria, como quiera que toda ilegalidad de un acto administrativo no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales.

Y la segunda, porque entre los elementos integrantes del tipo disciplinario, previsto en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, está el relacionado con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de las potestades conferidas por la norma habilitante. Si bien el fin del acto administrativo es un presupuesto de legalidad, su expedición, con desconocimiento de las normas de carácter superior en que debe fundarse, constituye otro presupuesto de legalidad al que no hace mención el tipo disciplinario.

Asimismo, se resalta que los motivos de ilegalidad que atribuye el órgano de control al Decreto 564 del 2012 no son objeto de estudio en esta decisión, que, por lo demás, es objeto de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en el proceso de nulidad con radicación No. 11001 33 34 003 2012 00131 01.

La expedición de un acto administrativo con infracción de las normas en que debe fundarse, que constituye una causal autónoma para invalidar la decisión, no significa *per se* que el funcionario haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y haya desconocido el cumplimiento de sus deberes funcionales. Se trata de presupuestos autónomos sobre la legalidad del acto administrativo, de tal manera que puede ocurrir que el acto esté viciado porque el funcionario actuó con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, “aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico”⁹³.

⁹² CPACA (Ley 1437 del 2011). ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

⁹³ “La desviación de poder no tiene carácter subsidiario [...] no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad perseguida con su dictado” (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”, LL, 2002-D, 1408, citada por Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*. Tomo 3. 10ª edición. Pág. 28).

La imputación debió soportarse sobre la prueba de un fin particular perseguido por el alcalde con la expedición del acto, fin distinto: (i) al cumplimiento de lo ordenado en los autos 275 del 2001 y 084 del 2012, (ii) al de garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero, establecido en el Acuerdo No. 489 del 2012, (iii) atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora y (iv) garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 564 del 2012.

Pero para la Procuraduría, la “verdadera” finalidad del Alcalde al expedir el Decreto fue “descartelizar” el servicio de aseo (hecho que tiene por probado con las declaraciones del Alcalde⁹⁴) e impedir la participación de los operadores privados (hecho que se califica como notorio, de conformidad con unos registros de noticias⁹⁵), lo cual transgredió el principio de libertad de competencia.

Al respecto, la Sala considera que esta imputación requería de elementos de prueba que acreditaran que la Administración Distrital actuó con exceso o desvío de poder, con una razón distinta a la protección y salvaguarda del interés general e incurso en una infracción a los deberes constitucional y legalmente encomendados.

De otra parte, frente a las consideraciones hechas por la Procuraduría General de la Nación, la Sala observa que la primera parte del artículo 8 del Decreto 564 del 2012 no establece de forma imperativa que la prestación del servicio de aseo se deba hacer a través de la EAAB, sino que indica que “la prestación **se podrá hacer** a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP” (resaltado fuera de texto). Igualmente, la primera parte del artículo 8 señala que, mediante un contrato, una persona jurídica de naturaleza pública o privada puede prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo. Bajo esta perspectiva, la afirmación del acto sancionatorio sobre la pretendida exclusividad de la EAAB en la prestación del servicio de aseo, como finalidad del decreto, no obedece a su tenor literal.

⁹⁴ Precisa el acto, que el disciplinado al haber indicado en su defensa que el Decreto 564 del 2012 “eliminó la cartelización del servicio” ratifica que su decisión consistía en “que los operadores privados ni ningún otro, a excepción del operador público, continuaran prestando el servicio público de aseo en la ciudad capital” (pág. 97, acto sancionatorio).

⁹⁵ A folio 95 del acto sancionatorio se refiere al titular de *El Tiempo* “Hasta con policía, Petro impedirá el servicio de aseo a empresas privadas”, afirmando a renglón seguido la Procuraduría que “ello simplemente concuerda con el análisis del Decreto 564 del 2012 y de todos los elementos de prueba de que el Distrito, en cabeza de su Alcalde Mayor, quería impedir que a partir del 18 de diciembre del 2012 cualquier operador, distinto a las entidades públicas, asumieran (sic) la prestación del servicio de aseo”. El ente de control califica esta información como hechos notorios de público conocimiento.

Es relevante resaltar que el ejercicio del poder disciplinario no es discrecional, así el funcionario titular de la potestad disciplinaria tenga un amplio campo de valoración al efectuar el proceso de subsunción típica. En esta medida, conviene preguntarse cuál es el alcance de la facultad sancionatoria disciplinaria del Estado, cuando el conjunto normativo invocado como sustento de la falta imputada al disciplinado, admite varias interpretaciones desde el punto de vista legal y constitucional.

La finalidad del poder disciplinario consiste en corregir la conducta del funcionario. En este contexto, el poder de la Procuraduría General de la Nación debe ceñirse al respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, el control jurisdiccional de los actos sancionatorios debe ser intenso.

En este orden, frente a la obligación de imparcialidad del funcionario sancionador, si la conducta relevante para el derecho disciplinario admite interpretaciones excluyentes, que a su vez son razonadas y proporcionales, se debe acoger aquella interpretación que salve la duda a favor del disciplinado.

En el caso concreto, es importante precisar que la actuación del Alcalde Mayor frente al principio de la libertad de empresa ha tenido diferentes interpretaciones. Así:

El Juzgado 13 Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 12 de febrero del 2014⁹⁶, negó la nulidad contra dicho acto administrativo⁹⁷, con fundamento en lo siguiente (fol. 58, Anexo 4):

“No encuentra esta primera instancia que en el contenido del acto acusado se configure conducta alguna tendiente a posicionar al Distrito como agente transgresor de la libre competencia, de los derechos de los usuarios o de abuso de la posición dominante.

El ente distrital debe dar cumplimiento a las órdenes dadas por la Corte Constitucional, en la sentencia T-724 de 2003 y en los autos 268 de 2010, 275 de 2011, 084 de 2012 y en el acto acusado se implementa un modelo transitorio que le permite desarrollar algunas acciones afirmativas en favor de los recicladores, ello teniendo en cuenta que no estaba en condiciones de efectuar invitación a licitación pública, pues para eso necesita que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico verifique la posibilidad normativa de implementar áreas de servicio exclusivo [...] para la fecha de expedición del decreto, 10 de diciembre de 2012, la CRA se encontraba efectuando dicho análisis sin que existiera algún pronunciamiento definitivo al respecto. Más aún cuando previo a que se profiera el esquema transitorio existían unos contratos, cuyas prórrogas vencían ese mismo mes, y dichos contratos permitían a particulares la prestación del servicio de aseo, en un esquema totalmente privado y por ende con exclusión de otros actores en el proceso, como la población recicladora.

⁹⁶ En el expediente obra copia auténtica de esta sentencia, aportada mediante oficio No. J3A 14 – 1361 del 18 de septiembre del 2014 (fol. 957) y consta en el Anexo No. 4.

⁹⁷ Se aclara, en todo caso, que esta sentencia no está en firme, pues fue apelada, recurso cuyo conocimiento corresponde a esta Corporación.

En materia de servicios públicos el derecho a la libre competencia se atempera al ser ponderado con otros derechos constitucionales, por tanto el mismo se debe ejercer acompasado (sic) con tendencias universales de respeto a los derechos humanos, en especial a la dignidad humana y la igualdad. Es por ello que los servicios públicos constituyen un aspecto que le compete al Estado, quien dentro del modelo de economía social del mercado, debe asegurar su prestación continua y eficiente”⁹⁸.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, al proferir la orden de archivo de la investigación penal que cursaba contra el Alcalde por los delitos de “Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, Interés Indevido en la Celebración de Contratos, Prevaricato por Acción, Concierto para Delinquir, con ocasión de la investigación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la Implementación del llamado Nuevo Modelo de Aseo de Bogotá”⁹⁹, señaló, frente al supuesto “nuevo modelo”, que:

“[...] es claro que el distrito capital no implementó un ‘nuevo modelo’ de prestación del servicio de aseo en la ciudad, sino que simplemente hizo uso de una de las herramientas contempladas en el estatuto de servicios públicos para prestar el servicio de aseo, esto es, acudió al esquema de libre competencia, según el cual como se ha dicho, basta cumplir los requisitos habilitantes para proceder a prestar el servicio correspondiente, en este caso por medio de la EAAB [...]

Lo anterior implica que desde el 15 de septiembre de 2011 y hasta la fecha en que se delimiten y liciten las ASEs (sic) [áreas de servicio exclusivo] en la ciudad de Bogotá D.C., regirá el esquema de libre competencia, lo que habilita a cualquier operador del servicio de aseo, sea este público o privado a suscribir contratos de condiciones uniformes con los usuarios y competir **en el mercado** con las empresas públicas o privadas que se encuentren prestando el servicio en la ciudad de Bogotá, desplazando así a aquellas que hasta entonces se encuentran prestando el servicio.

En tales condiciones, la censura que se analiza no está llamada a prosperar, pues parte de una premisa equivocada, esto es, que el contrato cuestionado limita la libre competencia, y ello es así porque desde la fecha anotada, esta es la única posibilidad de prestación del servicio público de aseo en la ciudad, ante la ausencia de delimitación, licitación y asignación de ASEs (sic) en la ciudad de Bogotá”¹⁰⁰.

Y en lo que respecta al Decreto 564 del 2012, luego de analizar todo su articulado frente al tipo penal de prevaricato por acción, la Fiscalía General de la Nación estableció (fol. 1237):

“Como se ha explicado en detalle, ninguna disposición del Decreto 564 de 2012 contradice el ordenamiento jurídico superior, ni en cuanto a las competencias de su otorgante -el Alcalde- ni en su contenido, por lo que ni siquiera resulta necesario establecer si satisface el elemento normativo que caracteriza el Prevaricato por Acción, esto es, que la contradicción con el derecho sea manifiesta u ostensible. En otros términos, no se satisfacen los requerimientos del tipo objetivo de Prevaricato por Acción, por lo que es forzoso concluir la atipicidad.

Basta precisar que si en el plano hipotético se celebran contratos o se ejecutan actuaciones administrativas contrarias a derecho, fundamentándose en el Decreto 564, el análisis jurídico penal sería otro completamente distinto, pero el hecho que esos contratos o actuaciones sean ilícitos no significa que el Decreto 564 sea contrario a derecho, pues la verificación de

⁹⁸ Folios 58 a 59. Anexo 4.

⁹⁹ En el expediente obra copia auténtica de la orden de archivo dictada dentro de la noticia criminal No. 110016000102201200580, proferida por la Fiscalía General de la Nación a favor de Gustavo Francisco Petro Urrego (fol. 1207 a 1266).

¹⁰⁰ Fol. 1245.

esto debe hacerse tal y como lo hemos presentado, esto es, revisando en sí mismo el contenido del Decreto”.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio, que, mediante las Resoluciones No. 25036, del 21 de abril del 2014, y 53788¹⁰¹, del 3 de septiembre del 2014¹⁰², sancionó al actor por violación a la libre competencia, consideró que “con el Decreto 564 del 2012 también se establecieron restricciones para la prestación del servicio de aseo, en la medida en que la libre participación en el mercado de aseo en Bogotá dejó de ser potestativa de los agentes con intenciones de ingresar o de continuar en dicho mercado, para pasar a depender de la autorización de la UAESP, que tenía total discreción para otorgarla de acuerdo con sus intereses y los de EAB y AGUAS DE BOGOTÁ” (pág. 71, Resolución 25036 del 2014).

Según los actos de la SIC, se demostró que los investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio de aseo en Bogotá, hecho que derivó en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención y la capacidad de participar en la prestación de este servicio público y la exclusión de los prestadores que ya habían participado.

Finalmente, en contraposición a lo sostenido por la SIC, la Corte Constitucional, en el Auto 587 del 2015¹⁰³, dictado en el marco del seguimiento a las órdenes proferidas en el Auto 275 del 2011, en cumplimiento de la sentencia T-724 del 2003 y los parámetros fijados en el Auto 268 del 2010, consideró, frente a la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, que existe una “complejidad inmanente de la situación relacionada con la prestación del servicio público domiciliario de aseo”¹⁰⁴ y destaca que “se observa la existencia de tensiones entre diversos principios constitucionales, como el de legalidad, libre competencia, igualdad, colaboración armónica, Estado Social de Derecho y acceso a la administración de justicia”¹⁰⁵.

Entiende, así, la Sala que, según la Corte Constitucional, las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, si bien se sustentan en el principio de legalidad, generan una tensión respecto del Estado Social de Derecho y el principio de colaboración armónica en lo que se refiere al cumplimiento de las

¹⁰¹ Esta resolución resuelve el recurso de reposición.

¹⁰² Aportadas mediante oficio del 23 de septiembre del 2014, que consta en los cuadernos No. 5 y 6 del expediente.

¹⁰³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰⁴ Auto 587 del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰⁵ Ídem.

órdenes proferidas por esa autoridad judicial.

Para la Sala, al existir valoraciones e interpretaciones tan disímiles de la presunta violación del principio de libertad de empresa y libre competencia por la expedición del Decreto 564 del 2012, se está ante un margen de duda, que no se puede resolver contra el disciplinado, de modo que, aún si se hubiera establecido que el ente de control realizó adecuadamente el proceso de subsunción típica, no habría lugar a sacrificar el principio de presunción de inocencia como garantía del disciplinado. Por esta razón, a juicio de la Sala, se debe declarar la nulidad de los actos demandados en cuanto impusieron la sanción disciplinaria por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, por violación al principio de tipicidad.

Aunque lo anterior es suficiente para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se releve de los demás argumentos de inconformidad expuestos en la demanda frente a esta falta, la Sala no puede dejar pasar por alto el error en que incurrió la Procuraduría General de la Nación al otorgar valor probatorio a la declaración del señor Samuel Prada Cobos, Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, que llegó al proceso sin mención previa y, además, como testigo técnico, sin serlo.

El estudio de la Sala se justifica desde el punto de vista de la crítica frente al análisis y valoración probatoria, como quiera que, de forma reiterada, en el acto sancionatorio se acude a la calidad de testigo técnico del declarante, para tener como probado que, para cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional, no era necesario el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012.

Se destaca, entonces, que según el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época de la actuación administrativa), el testigo solo puede exponer conceptos “cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”. En este sentido, el testigo adquiere la connotación de técnico.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de junio del 2015, definió al testigo técnico como “un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos [...] Dar la versión de cómo se percibieron los hechos implica que el

testigo hubiese presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar”¹⁰⁶.

En este orden de ideas, la Sala considera que el señor Samuel Prada Cobos emitió un concepto científico sobre unos hechos de los que no tuvo conocimiento directo, razón por la cual no tiene la calidad de testigo técnico. En efecto, a minuto 51:55¹⁰⁷ de su declaración, indica “no puedo hablar de Bogotá, es este sentido, porque es que no conozco lo que pasó allá”. Por otra parte, cuando el apoderado del disciplinado le pregunta: ¿existe alguna reglamentación nacional, no disposiciones de la Superintendencia, que son, digamos, de normatividad inferior, una reglamentación nacional en materia de libre competencia, en materia de aseo?, el testigo declara “Sí, claro, no la conozco en detalle, pero sí, claro, esto está regulado en la Constitución para abajo” (1:04).

Así las cosas, la Procuraduría desconoció las normas procesales sobre la valoración de testimonios, al darle a la declaración del señor Prada Cobos el valor de un testigo técnico. Adicionalmente, se resalta que los parámetros sobre la implementación de un modelo de aseo, a través de un testigo, no se pueden aplicar de una ciudad a otra, obviando diferencias que precisan de un estudio técnico, en el que se tengan en cuenta variables tales como el tamaño de la población, el tipo de residuos, la estratificación, el esquema de subsidios o las condiciones fácticas de la prestación del servicio.

La declaración del señor Samuel Prada Cobos debió valorarse como un testimonio sin calidad de técnico. En consecuencia, no se tiene como demostrado el hecho que indica la Procuraduría y que le sirvió de sustento para estructurar la tipicidad de la falta prevista en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

Por último, la transitoriedad del esquema adoptado para la ciudad de Bogotá mediante el Decreto 564 del 2012 para garantizar la continuidad del servicio público de aseo fue una decisión de carácter temporal que se extendía hasta la fecha en la que se adjudicaran, mediante licitación pública, contratos de concesión del servicio público de aseo, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994. Luego, no hay manifiesta intención de desconocer el principio de libertad de empresa a través de una decisión temporal del Alcalde en la que de manera expresa se indica que dicho esquema solo estará hasta tanto se adjudiquen en libre competencia frente a los distintos oferentes, entre quienes pueden concurrir,

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Radicación 45267, sentencia del 17 de junio del 2015.

¹⁰⁷ Anexo 42. De la actuación administrativa.

inclusive, las empresas del Distrito.

2.3 Falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La entidad demandada realizó, entre otras, las siguientes consideraciones sobre la imputación de esta falta disciplinaria:

“Así las cosas, en lo que concierne a la categoría de la tipicidad disciplinaria, el artículo 48, numeral 37, estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público profiera actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente, originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente.

En el presente caso, el señor Alcalde Mayor de Bogotá presuntamente actuó por fuera del cumplimiento del deber profiriendo un acto administrativo que autorizaba el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, lo cual era contrario a la normatividad vigente, en especial a lo señalado en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, normas que fueron analizadas y explicadas en el acápite referido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta cometida.

[...] a juicio de la Sala, el haberse autorizado el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, contra expresa prohibición, ello contravenía precisamente las normas a las que acudió el señor Alcalde Mayor de Bogotá para proferir el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Adicionalmente, con tal conducta, no solo se desconocieron las normas legales a las que se han hecho referencia, sino también algunas de orden constitucional y que son necesarias para estimar configurada la conducta posiblemente infringida”.

A juicio del ente de control, la actuación adelantada “por fuera del cumplimiento del deber” fue determinada a partir de las normas constitucionales y legales que fueron invocadas por el mismo Decreto 570 del 2012, como fuente de las facultades que permitían su expedición. De esta manera, la Procuraduría General de la Nación consideró que, en el caso concreto, el marco de competencia del funcionario que expidió el acto administrativo mencionado estaba conformado por los artículos 49, 78 y 80 de la Constitución Política; los artículos 65, numeral 9, y 66, de la Ley 99 de 1993; los artículos 35 y 38, numeral 18, del Decreto Ley 1421 de 1993, y el artículo 15, del Acuerdo 19 de 1996.

El ente disciplinario advirtió que el artículo 2° del Decreto 570 del 2012, expedido por el funcionario, autorizó la utilización de vehículos automotores tipo volqueta en la prestación del servicio público de aseo, en contravía del artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y del artículo 49 del Decreto 1713 del 2002.

En relación con el elemento “riesgo grave” que hizo parte de la descripción del tipo disciplinario en cuestión, la Procuraduría consideró, a partir del análisis probatorio, lo siguiente:

“En cuanto al riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente, elemento exigido por

el tipo disciplinario, basta con recordar que conforme al dictamen pericial, a algunas conclusiones del informe de monitoreo de la Secretaría Distrital de Medio Ambiente y a parte de algunas explicaciones del testigo Julio César Pulido, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. En efecto, para la prueba pericial dicho riesgo fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito ni lo pudo calcular el ingeniero Pulido. Pero lo cierto es que este testigo informó que los impactos presentados sí fueron negativos, amén de otro tipo de riesgos y amenazas potenciales que según él sí se presentaron. Recuérdese que según el declarante para poder calcular un impacto ambiental se necesitaba acudir a criterios de magnitud, extensión e intensidad, labor que él ni el informe concluyeron porque no contaban con las bases técnicas para poderlo hacer. Sin embargo, este aspecto sí fue desarrollado por la prueba pericial, en donde se determinó que sí hubo impactos y amenazas ambientales considerables, en razón de que en la ciudad de Bogotá se dejaron de recoger en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos.

De tal modo y conforme a las tres pruebas que obran en el proceso está demostrado que sí se presentó un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito, conclusión que está soportada en todas y cada una de las razones que fueron expuestas a lo largo de la presente decisión.

Así las cosas, la ocurrencia de dicha situación se debió en buena parte a la autorización del señor alcalde mayor de Bogotá para que el operador público, en el nuevo modelo de aseo implementado por él mismo, utilizara vehículos tipo volquetas, cuando las normas reglamentarias de manera clara y precisa exigían vehículos compactadores, aspecto que incluso se prolongó de forma irregular hasta el mes de julio de 2013, en la medida en que se iban obteniendo de forma paulatina y progresiva vehículos compactadores por parte del operador público”.

Dentro de este mismo contexto, y sobre el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, la Sala Disciplinaria consideró:

“Se debe recordar que los impactos ambientales del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente (que en su sentir no fueron daños ambientales) concuerdan con la mayoría de las conclusiones de la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en la cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo” (fol. 201 del fallo sancionatorio).

Para la Procuraduría General de la Nación, hubo impactos ambientales y para evaluar si fueron “*considerables*” tomó el testimonio de Julio César Pulido, quien elaboró el documento *Monitoreo y Control Ambiental*, de la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá, y “afirmó que se debía acudir a la magnitud, intensidad y extensión, algo que según él no se pudo hacer porque no había base técnica”. Sobre este aspecto, el ente de control le da crédito a la prueba pericial de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación cuando afirma que esos impactos sí afectaron al medio ambiente y que los criterios de “magnitud, extensión e intensidad” se pueden deducir del mismo estudio, con lo cual quedó demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura

en la ciudad de Bogotá.

En el acto sancionatorio se indica que el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple “percepción” como lo dio a entender el testigo Pulido, sino en “criterios técnicos, medibles y cuantificables”. Para la Procuraduría, esos criterios, que corresponden a aspectos de carácter eminentemente técnicos, se corroboraron con los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y en los informes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final.

La Sala Disciplinaria declaró que los informes técnicos aportados a la actuación administrativa contenían conclusiones contradictorias, pero que, en todo caso, coincidían en que se habían presentado riesgos e impactos ambientales durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012.

Para resolver **se considera:**

La falta disciplinaria imputada al entonces Alcalde de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, fue la contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

“37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente”.

En los términos de la norma, el tipo disciplinario exige la concurrencia de los siguientes elementos para establecer la correcta subsunción de la conducta investigada: (i) la emisión de un acto administrativo por parte del funcionario, (ii) que dicho acto administrativo sea proferido por fuera del cumplimiento del deber, (iii) que se violen normas (constitucionales o legales) referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural, los recursos naturales y el medio ambiente y (iv) que la ejecución del acto administrativo haya causado un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

En este orden de ideas, el acto sancionatorio debe establecer cuál es el alcance y contenido de los elementos del tipo disciplinario, entre los que se encuentran las expresiones “por fuera del cumplimiento del deber”, “con violación de las

disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente” y “originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente”, a partir de las definiciones legales o jurisprudenciales de cada uno de los conceptos referidos, así como de criterios de interpretación textual, sistemática y teleológica.

El alcance y contenido de cada uno de los componentes de la falta debe ser definido por el operador disciplinario como parte de ese proceso de razonamiento lógico-jurídico que caracteriza la adecuación típica de la conducta atribuida al disciplinado en el texto de la norma que la describe. Ese proceso de definición clara y precisa de cada uno de los componentes normativos es un supuesto necesario para que el disciplinado ejerza su derecho de contradicción y defensa frente al criterio hermenéutico y juicio argumentativo que efectúa el respectivo funcionario y se constituye, a su vez, en el límite al margen de discrecionalidad en el proceso de adecuación típica. Cada uno de los componentes que integran la descripción de la falta requiere de una interpretación razonada y razonable que debe ser explícita en el acto, de tal manera que una vez sea establecido el contenido y alcance de los componentes normativos, el funcionario debe proceder a examinar el material probatorio recaudado en cada caso particular, para determinar, punto por punto, si la conducta encaja en los presupuestos normativos que definen el tipo disciplinario.

En el caso concreto, lo anterior implicaba establecer si los medios de prueba demostraban que, efectivamente: (i) el señor Petro Urrego había proferido un acto administrativo, (ii) por fuera del cumplimiento de su deber, (iii) violando disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente y (iv) causando un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente.

En la actuación disciplinaria se determinó la ocurrencia del primer elemento del tipo disciplinario, en la medida en que se encontró acreditado que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, expidió el Decreto N° 570 de 14 de diciembre del 2012, “por medio del cual se decreta el estado de prevención o alerta amarilla para el manejo y control adecuado de los Residuos Sólidos Urbanos generados en el Distrito Capital dentro del marco de Gestión Integral de Residuos Sólidos y se adoptan otras disposiciones”.

En cuanto al segundo elemento, la Procuraduría General de la Nación estimó que el contenido de la expresión “por fuera del cumplimiento del deber” debía

analizarse a partir del ámbito de funciones y facultades previstas en las normas referidas. Explicó cuáles fueron las normas que, a su juicio, fueron desconocidas - artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 del 2002- y las razones por las que la autorización contenida en el Decreto 570 del 2012 implicaba una violación de ellas.

En este orden, el acto que impuso la sanción acreditó los tres primeros elementos del tipo, esto es, i) la existencia de un acto administrativo proferido por el disciplinado, ii) emitido por fuera del cumplimiento de su deber y iii) en virtud del cual se violaron disposiciones legales referentes a la protección del medio ambiente.

Sin embargo, el análisis realizado en los párrafos que anteceden no era suficiente para encontrar ajustada la conducta del funcionario al tipo disciplinario imputado en el pliego de cargos, pues se recuerda que en el caso específico de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU aún restaba por establecer que, en los términos de esta disposición, la conducta del funcionario había “originado un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente”.

La Sala observa que la autoridad disciplinaria no llevó a cabo un ejercicio de interpretación o delimitación destinado a establecer lo que, en términos de la norma, constituiría un “riesgo grave” para el medio ambiente o la salud humana, ingrediente especial del tipo disciplinario, como lo calificó la misma entidad.

Como se dijo previamente, para determinar si la conducta del funcionario originó un riesgo grave para los bienes protegidos, era necesario en primer lugar determinar a partir de la situación en concreto, la noción de “riesgo” y los parámetros utilizados para evaluar su “gravedad”, pues lo contrario podría implicar una vulneración de los derechos al debido proceso del investigado.

La Sala estima necesario recordar que si bien el funcionario disciplinario está facultado por un margen más amplio para determinar si la conducta objeto de reproche se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos disciplinarios, ello no lo habilita para desconocer las garantías mínimas del debido proceso.

En otras palabras, el mencionado margen de adecuación, definido por el titular de la acción disciplinaria, constituye el marco de referencia para el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa en la actuación administrativa.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el ente de control no llevó a cabo ningún esfuerzo por dotar de alcance y contenido el elemento “riesgo grave” que determina el tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del CDU.

De la revisión del expediente, se observa que a la actuación disciplinaria se allegaron dos conceptos sobre los impactos generados por las deficiencias en la recolección de residuos durante el periodo comprendido entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, elaborados, respectivamente, por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá.

Ahora bien, el aparte utilizado por la Procuraduría General de la Nación para exponer las conclusiones del dictamen pericial, emitido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, era insuficiente para concluir la existencia de un riesgo grave al medio ambiente o a la salud humana originado en la actuación del funcionario, pues, a pesar de que señala la existencia de un “daño” y un “riesgo”, así como su causa (la exposición de aproximadamente 9.350 toneladas de residuos domiciliarios en las calles de la ciudad) no indicó en forma alguna en qué consistieron, ni delimitó el grado de impacto requerido para la adecuación típica del hecho.

Adicional a lo expuesto, se advierte que en la valoración del dictamen elaborado por la DNIE no se tuvieron en cuenta aspectos de vital importancia para la resolución del caso, como la exposición teórica de los niveles ambientales de afectación y la evaluación que del caso concreto se efectuó en el referido análisis.

La lectura del mencionado documento (visible en el anexo 17 del expediente) evidencia que la DNIE realizó un ejercicio teórico de definición de los grados de influencia y afectación al medio ambiente para, de esta manera, calificar los efectos en el ambiente de los hechos ocurridos durante los días 18 a 20 de diciembre del 2012 en Bogotá. Este proceso de razonamiento y las conclusiones contenidas en el dictamen, que a juicio de esta Sala resultaban imprescindibles para determinar en el caso concreto la dimensión de los efectos de las medidas adoptadas por el disciplinado, fueron obviadas por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, como se verá a continuación.

De acuerdo con el auto No. 078 del 28 de febrero del 2013 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se requirió de una prueba técnica que determinara “el tipo de riesgo” y “cuál su grado de intensidad” de los sucesos de

los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 en Bogotá, con ocasión de la prestación del servicio de aseo¹⁰⁸.

En cumplimiento de ese requerimiento, la Procuraduría Delegada para los Asuntos Ambientales y Agrarios presentó un “análisis de los aspectos técnicos – ambientales”:

- La primera parte del informe contiene una relación teórica referenciada bajo el título “ASPECTOS SANITARIOS RELACIONADOS CON LOS RESIDUOS SÓLIDOS”.

- A continuación se indica que la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, con el apoyo técnico y logístico de funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, realizó un seguimiento en diferentes puntos de la ciudad para verificar el desarrollo de la recolección de basuras “verificando la garantía de la prestación del servicio por el cambio de responsabilidad a los 2 operadores públicos”.

Las visitas realizadas arrojaron la siguiente evidencia:

- “1. Hubo un aumento del tiempo de recolección de residuos sólidos domiciliarios [...]
2. La exposición de residuos sólidos después de un tiempo superior de 4 horas, inició un proceso de saqueo humano y animal.
3. Equipos inadecuados para el almacenamiento y transporte de residuos domiciliarios [...]
4. Utilización de mayor número de colaboradores en cada uno de los vehículos [...]
5. Exposición de los operadores de recolección a riesgos de accidentes laboral (sic).
6. Derrames de lixiviados en las calles y vías de la ciudad en el momento de subir las bolsas a los vehículos a la altura del volcó (sic) y por la tapa móvil del platón de la volqueta.
7. Contaminación del suelo y de las aguas lluvias que estuvieron en contacto con los residuos sólidos produciendo lixiviados.
8. Generación de olores ofensivos por la acumulación de residuos sólidos contaminando el aire y exponiendo a la salud de la población en general”¹⁰⁹.

- Seguidamente se hace expresa mención al Informe de Inspección y Vigilancia de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, D.C., en su componente de recolección y transporte, barrido y limpieza de áreas públicas, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Se trae un informe sobre el “*COMPORTAMIENTO DE LLUVIAS EN LA CIUDAD DE BOGOTA*”, según los registros del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM, sobre la precipitación y distribución de las lluvias durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012.

¹⁰⁸ Pág. 1. Anexo 17.

¹⁰⁹ Págs. 2-16. Anexo 17.

- Se citan los requisitos que se deben cumplir para la actividad de recolección en los sistemas de aseo urbano, según el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico, RAS 2000, normalizado por la Resolución 1096 del 2000. Y se muestra en el documento una “*CLASIFICACIÓN DE IMPACTOS*”, cuya fuente está documentada en una página electrónica.

En el documento que se analiza, luego de la presentación de los aspectos referenciados, se desarrollan unas conclusiones. Entre ellas, las siguientes:

a) La disminución de la recolección de residuos sólidos domiciliarios generó un “grave daño” al medio ambiente afectando el agua, el suelo, el aire, pues se estima que en estos días se pudo tener más de 9.350 toneladas aproximadamente de residuos domiciliarios en las calles de la ciudad de Bogotá D.C., generando un riesgo de exposición a la salud de los ciudadanos”. Este argumento conclusivo de la entidad no indica la fuente de donde deriva esa conclusión, como tampoco muestra un análisis técnico que la soporte, por lo que es insuficiente para dar por demostrado el “tipo de riesgo” y “su grado de intensidad”, por carecer de una justificación técnica debidamente comprobable.

b) Los residuos sólidos expuestos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 iniciaron una natural descomposición que generaron en la atmósfera olores ofensivos y perjudiciales para la salud de la ciudadanía.

c) No se tiene certeza de si la exposición de los residuos sólidos haya sido la causa directa de enfermedades. Sin embargo, se les atribuye una incidencia en la transmisión de algunas de ellas. La población del casco urbano de la ciudad de Bogotá se encontró expuesta a los diferentes tipos de enfermedades.

d) La costumbre de la población de mezclar los residuos con materiales peligrosos pueden causar lesiones a los operarios de la recolección de basura.

e) Realizar la recolección de los residuos sólidos domiciliarios en volquetas implicaba que los residuos estaban expuestos al viento y a la lluvia, emitiendo gases, partículas o sustancias volátiles de cualquier naturaleza.

f) Existe un riesgo laboral inminente durante el proceso de recolección. No se cuenta con elementos de seguridad necesarios.

g) Teniendo en cuenta la forma como se recolectaron las basuras durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, el personal de recolección de basura pudo

tener más problemas gastrointestinales de origen parasitario, bacteriano o viral que el resto de la población. Además, pudieron sufrir un mayor número de lesiones y enfermedades de la piel e infecciones.

h) En muchas regiones, las corrientes de agua han dejado de ser fuente de abastecimiento para el consumo humano o de recreación de sus habitantes.

i) El lixiviado posee cargas contaminantes considerables.

j) Sobre la determinación del impacto ambiental se indicó que requiere de ciertos factores para clasificarlo. Se precisó que “como no se posee el seguimiento puntual a un indicador específico, se realiza una evaluación cualitativa”. Se utiliza en el informe la clasificación de impactos que trae el mismo documento. A partir de esa clasificación se concluye “que efectivamente se presentó un riesgo para la salud de la población en general, debido a la acumulación de los residuos sólidos en las calles de la ciudad de Bogotá D.C., y que la tardanza de algunos días para retornar al estado inicial ocasiona un Impacto Crítico con las aguas lluvias contaminadas, pues se generó un daño permanente e irrecuperable en la calidad de estas”.

En la clasificación de impactos, según su alcance temporal y según la posibilidad de recuperación, se indicó que hay consecuencias de “impacto transitorio”, en el caso de residuos sólidos, teniendo en cuenta que estos desaparecen cuando cesa la causa que los origina; “impacto recuperable e impacto mitigable”, para la problemática presentada con el manejo y acumulación de los residuos sólidos; “impacto alto”, pues las alteraciones y repercusiones a recursos como el suelo y el agua son irreversibles; e “impacto acumulativo” ya que el efecto en los recursos agua, suelo y aire se prolonga con el tiempo incrementando progresivamente su estado de gravedad.

Esta evaluación cualitativa para la determinación del impacto ambiental se realiza en el informe a partir de una clasificación de los impactos que tiene como fuente un documento extraído de una dirección electrónica señalada en él. Sin embargo, se trata de una clasificación que se realizó a partir de la descripción teórica a la que se ajustó la situación descrita y que ocurrió durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012. No se indica la metodología de evaluación que soportó dicha clasificación y qué elementos técnicos permitieron, además de las evidencias, arrojar esa conclusión.

De acuerdo con las conclusiones contenidas en el informe, para la Sala, el documento contiene elementos descriptivos que evidencian una situación de anormalidad en la prestación del servicio público de aseo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012. Sin embargo, carece de un análisis de los distintos elementos técnicos en que se sustentó la entidad para emitir lo que se denominó en el informe como conclusiones. La prueba es insuficiente frente al objeto requerido con su decreto, pues, según el oficio remisorio dirigido a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se requería de una prueba técnica que determinara el “tipo de riesgo” y “cuál su grado de intensidad”, aspectos que no se demostraron con el debido rigor a partir de conocimientos, análisis, métodos, variables y todas las herramientas necesarias para establecer el objeto de la prueba.

Contra este dictamen se presentó solicitud de aclaración, que fue resuelta dando respuesta a los requerimientos del apoderado del disciplinado, en la que se evidencia: i) que era necesaria la concurrencia de la autoridad ambiental para la complementación de la prueba, en la medida en que, según se indicó la metodología o mecanismos con sus variables, es competencia de la autoridad distrital y ii) que el informe técnico es descriptivo, pues se realizó a partir de la evidencia que arrojaron las actas, videos, fotos e informes.

Al respecto, la solución a los cuestionamientos presentados por el disciplinado es evasiva y dista de resolver con claridad y precisión las dudas e inquietudes razonablemente planteadas, lo cual obstaculizó el ejercicio material del derecho de contradicción del sujeto disciplinado.

Por otra parte, para la Sala, los criterios de “magnitud, extensión e intensidad” a que se refirió el dictamen en estudio comportaban aspectos técnicos que no se comprobaron en la experticia a la que dio pleno crédito y valor probatorio la entidad demandada.

En efecto, la valoración de la prueba técnica condujo a conclusiones que carecen de un sustento científico que arrojara claridad y precisión sobre el riesgo grave que ocasionó la adopción de la medida por la administración distrital. Hubo inconsistencias, vacíos y se utilizó un lenguaje que requería de precisión y complementación sobre los riesgos, amenazas y daños causados, de los que no se podía, sin elementos técnicos contundentes e idóneos, arrojar conclusiones como la que finalmente se adoptó para atribuir la falta endilgada.

Aunado a lo expuesto, el acto sancionatorio disciplinario no valoró la conclusión a la que llegó el estudio realizado por la DNIE de la Procuraduría General de la Nación sobre la transitoriedad de los efectos de los hechos ocurridos entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, que podían cesar al momento de la desaparición de su causa y que fueran recuperables o mitigables¹¹⁰, lo que implicaba que podían ser eliminados con la implementación de medidas protectoras adecuadas, lo que eventualmente aconteció.

Estas precisiones evidencian que el acto sancionatorio no solamente careció de un ejercicio de delimitación del concepto de “riesgo grave” al momento de tipificar la falta, sino que omitió analizar aspectos esenciales del dictamen pericial elaborado por su propia dependencia, según los cuales los impactos generados al medio ambiente no fueron permanentes, irreversibles ni irrecuperables, aun cuando fueron calificados como altos¹¹¹.

Las anteriores consideraciones permiten concluir a esta Corporación que la Procuraduría General de la Nación no llevó a cabo una valoración probatoria íntegra y exhaustiva del dictamen pericial realizado por la DNIE y que, en todo caso, dicho medio de prueba era insuficiente para establecer que el Decreto 570 del 2012 había originado un “riesgo grave” en el medio ambiente o en la salud de los habitantes de la ciudad.

En la actuación administrativa también se aportó un informe técnico rendido por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, según el cual durante los días 18 a 20 de diciembre del 2012 no se presentaron graves riesgos para el derecho al goce de un ambiente sano o la salud humana.

Así las cosas, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación se encontraba ante dos dictámenes cuyas conclusiones distaban de presentar un panorama de consenso sobre la magnitud del daño que se causó entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, circunstancia que no fue valorada debidamente por la autoridad demandada. Pues, a pesar de que en ninguno de los dictámenes se estableció de manera técnica que se generó “riesgo grave”, lo cierto es que, a partir de ambas pruebas, la Procuraduría General de la Nación concluyó erradamente la existencia de “riesgos e impactos ambientales” que no corresponden a la descripción de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48

¹¹⁰ Folio 35. Anexo 17.

¹¹¹ Folio 35. Anexo 17.

del CDU.

En razón a lo anterior, el tenor literal del numeral 37 del artículo 48 del CDU califica como “grave” el riesgo que debe verificarse como consecuencia de la actuación del funcionario imputado, por lo que no bastaba con demostrar la existencia de “riesgos o impactos”, sino que debía comprobarse suficientemente que su intensidad y magnitud fue de tal entidad que implicó una seria amenaza para los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, si la Procuraduría consideraba que el informe presentado por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá adolecía de errores metodológicos y su imparcialidad estaba en duda podía acudir a otros medios probatorios que dieran cuenta de los hechos investigados. Aún más, si se tiene en cuenta que el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación tampoco brindaba certeza sobre la generación de un riesgo grave sobre el medio ambiente o la salud humana.

Sobre este particular, se destaca que, mediante escrito de descargos radicado el 8 de julio del 2013 ante la Procuraduría General de la Nación, el apoderado del imputado solicitó que se oficiara a la Universidad Nacional de Colombia para que esta institución emitiera “un dictamen pericial sobre la existencia y alcance del supuesto impacto ambiental generado en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, por la implementación del nuevo esquema del servicio de aseo” (fol. 939 de la actuación administrativa), solicitud que fue reiterada por escrito del 5 de agosto del 2013¹¹².

Sin embargo, mediante decisión del 13 de agosto del 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación negó la práctica del dictamen pericial solicitado, al considerar que ya se contaba con suficiente material probatorio sobre dicho aspecto de la controversia¹¹³.

Este asunto es de suma importancia en el caso estudiado, pues teniendo en cuenta que los dictámenes periciales practicados no eran suficientes para acreditar la ocurrencia de riesgos graves sobre la salud humana y el medio ambiente, la prueba solicitada por la defensa adquiriría una trascendencia cardinal para dotar al funcionario disciplinario de mayores elementos de juicio para proferir su decisión.

¹¹² Folios 1290 -1304, cuaderno original 5.

¹¹³ Folios 1328 -1346 de la actuación administrativa.

Adicionalmente, no podía perderse de vista que los dictámenes periciales practicados en el proceso administrativo fueron elaborados por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, dependencias adscritas al ente disciplinario y al despacho del que por entonces era titular el funcionario imputado, respectivamente, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, sí se erigía en una razón más para contar con el concepto técnico de la Universidad Nacional de Colombia, por lo que la negativa de decretar la práctica de la prueba pericial implicó una limitación de los derechos a la contradicción y de defensa, en la medida en que conllevó la imposibilidad de controvertir y refutar con argumentos técnicos y científicos las consideraciones y conclusiones contenidas en el dictamen.

La Sala reitera que, si bien el funcionario disciplinario cuenta con un amplio espectro para determinar si una conducta encaja en el tipo disciplinario imputado, esto no significa que le sea permitido adoptar decisiones que desconocen el derecho al debido proceso y que el marco de definición de los elementos del tipo disciplinario constituye el campo en que el investigado ejerce las garantías inherentes al debido proceso en la actuación administrativa.

En este cargo, la falta de tipicidad prospera toda vez que hubo deficiencias en el juicio de adecuación típica realizado, en la medida en que el acto sancionatorio no delimitó el elemento integrante del tipo disciplinario (la existencia de un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente causado por la actuación del funcionario), ni estableció con claridad cuál fue la magnitud de los riesgos y cómo se encuadraban estos en los tipos de impacto definidos por el dictamen pericial antes citado.

De este modo, y sin perjuicio de lo que el juez de lo contencioso administrativo llegare a disponer sobre la legalidad del Decreto 570 del 2012, no es posible afirmar que con su expedición el actor haya incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU, pues la conducta no se adecúa a dicho tipo disciplinario, debiéndose declarar la nulidad de los actos demandados en cuanto impusieron la falta prevista en la norma mencionada.

El análisis que efectúa esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado corresponde a un control judicial integral del acto administrativo sancionatorio de acuerdo con el criterio interpretativo de unificación

adoptado por esta misma Sala el 9 de agosto del 2016, en el caso de Piedad Esneda Córdoba Ruiz contra la Procuraduría General de la Nación.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta que el exalcalde Bogotá D.C., Gustavo Francisco Petro Urrego, no incurrió en ninguna de las faltas disciplinarias atribuidas en los actos acusados, procede, como se anunció declarar la nulidad de los mismo, no solo por falta de competencia sino por violación del principio de tipicidad, como se indicará en la parte resolutive de este fallo.

III. EXHORTO

El papel del juez en este caso no puede ser el de dejar hacer y dejar pasar, por ello, si bien solamente es posible predicar de los efectos de esta providencia aquellos *inter partes*, las consideraciones aquí plasmadas aunadas a las recomendaciones que sobre este caso hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, concretamente, en sus numerales 3 a 7¹¹⁴, que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional, y para dar aplicación a las reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta: (i) las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, en particular aquellas que configuren cosa juzgada constitucional, específicamente, en esta materia; (ii) la obligación del Estado de asegurar la

¹¹⁴ Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano: [...]

3. Adecuar la legislación interna en particular, las disposiciones de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único, que contemplan respectivamente la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de su potestad disciplinaria.

4. Adecuar la normativa penal para asegurar que no se incluyan las referencias a la vía disciplinaria o fiscal en los tipos penales relacionados con la elección de personas inhabilitadas. En todo caso, el Estado deberá abstenerse de aplicar el tipo penal previsto en el artículo 5 de la Ley 1834 de 2017, tomando en cuenta las determinaciones sobre la inconventionalidad de la destitución disciplinaria o fiscal, sin condena penal en firme.

5. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar la imparcialidad de la autoridad disciplinaria, de forma tal que la autoridad que establece los cargos, no sea la misma llamada a determinar la responsabilidad disciplinaria.

6. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar la posibilidad efectiva de recurrir fallos disciplinarios ante autoridad distinta de la que determinó la responsabilidad disciplinaria asegurando que se permita una revisión integral de los fallos sancionatorios.

7. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que las acciones judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho sean resueltas en un plazo razonable, incluyendo aquellas de competencia directa del Consejo de Estado.

vigencia de los derechos políticos y restringir su limitación en la faceta pasiva, a decisiones de derecho sancionatorio proferidas por autoridad competente, con el fin de proteger los derechos políticos de los electores en todas las esferas político-administrativas y se preserve la integridad del mandato ciudadano en cabeza de aquellas autoridades que gobiernan o administran en nombre de opciones políticas diversas, minoritarias o, si acaso, contrarias a las del establecimiento; propuesta que se acompasa con el posible surgimiento de gobernantes locales que representen nuevas opciones políticas a partir de los acuerdos de paz que se suscribieron en el país y cuya ejecución se encuentra implementando; y (iii) la necesidad de garantizar herramientas y procedimientos que fortalezcan la lucha contra la corrupción, la correcta prestación de la función pública y la preservación del patrimonio político.

Por los efectos *inter partes* del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia.

IV. DECISIÓN

La Sala concluye que los actos administrativos sancionatorios del 9 de diciembre del 2013 y del 13 de enero del 2014, proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, están viciados de nulidad por: (i) falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y (ii) violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción.

Frente a la solicitud de reintegro al cargo de Alcalde Mayor de Bogotá, señala la Sala que esta petición carece de objeto, toda vez que con ocasión del auto del 13 de mayo del 2014, que decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sancionatorios, el actor fue reincorporado al cargo. Se resalta igualmente que el periodo constitucional del señor Gustavo Francisco Petro Urrego como Alcalde de la ciudad de Bogotá culminó el 31 de diciembre del 2015.

De acuerdo con lo pedido en la demanda y lo probado en el proceso, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que, a título de restablecimiento del

derecho, proceda a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante con ocasión de las sanciones disciplinarias impuestas por dicha entidad, teniendo en cuenta para tal efecto el tiempo en el que estuvo retirado del ejercicio del cargo según: i) el Decreto 570 del 20 de marzo del 2014, por el cual el Presidente de la República ejecutó la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación y ii) el Decreto 797, del 23 de abril del 2014, en el que se declaró que cesaban los efectos del Decreto 570 del 20 de marzo del 2014, en cumplimiento de la sentencia del 21 de abril del 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por otra parte, se oficiará a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que registre esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades, SIRI, y, en consecuencia, proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación que pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La suma que corresponda a las condenas deberá indexarse conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO. OFICIAR a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que registre esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades, SIRI, y, en consecuencia, proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

CUARTO. ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la información requerida mediante el oficio 20175010046781-GDI, suscrito por la Directora de Defensa Jurídica de la entidad, para los fines pertinentes.

QUINTO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, copia de la presente decisión.

SEXTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esta sentencia. Para los efectos de este numeral, **comuníquese** esta decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ B. STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**ACLARACIÓN DE SENTENCIA – Finalidad**

De acuerdo con el principio de seguridad jurídica, la sentencia es inmodificable por el mismo juez que la profirió, lo que significa que una vez se emite la decisión judicial el juez pierde competencia para pronunciarse sobre el asunto definido. Sin embargo, el juez de manera excepcional está facultado para aclarar la sentencia, de oficio o a solicitud de parte, sólo cuando en ella se observen “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda”, siempre que dichas frases “estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”. Así, la aclaración de la sentencia se torna en un instrumento conferido a las partes y al juez, para dar claridad y explicación sobre conceptos o frases provenientes de una redacción que dificulta el entendimiento de la sentencia; conceptos de difícil comprensión que son relevantes en la decisión, pues integran la parte resolutive de la sentencia o inciden en ella. No obstante que la ley faculta al juez para el ejercicio de esa potestad, ello no significa que, al aclarar la decisión, el juez pueda revocarla o reformarla.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 189

ACLARACIÓN DE SENTENCIA – Improcedencia / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – Efectos inter partes de la sentencia proferida en el caso concreto

El Procurador General de la Nación con fundamento en los argumentos que se resumen, solicita de manera expresa que se aclare la sentencia proferida en el curso del proceso para dilucidar “si dado que la sentencia aplica el criterio de convencionalidad mediante el exhorto ordenando en el numeral 6 de su parte resolutive, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilidad a servidores de elección popular, por actos que no se cataloguen como de corrupción, fenece de forma automática al vencimiento de los dos (2) años que establece el fallo o, por el contrario, es necesario esperar la decisión del Congreso de la República al respecto”. (...) La Sala considera que la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017, no está llamada a prosperar por las razones que a continuación se explican: 1. La regla fijada en el artículo 189 del CPACA al señalar que “La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”, indica que los efectos de la sentencia en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, son inter partes, es decir, solo entre quienes tienen interés directo en el proceso. En el presente caso, no hay duda sobre los efectos inter partes de la sentencia del 15 de noviembre de 2017 mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y dispuso el consecuente restablecimiento del derecho, de acuerdo con las pretensiones de la demanda. En

la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes; al contrario, de manera expresa se indicó en la parte motiva que los efectos de la providencia, en este caso, eran inter partes. (...) El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Los jueces nacionales están en la obligación de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”, sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(A)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) dentro del proceso de la referencia mediante la cual se declaró la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, por la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013.

I. SOLICITUD DE ACLARACIÓN

El Procurador General de la Nación mediante escrito recibido por correspondencia del Consejo de Estado el 13 de diciembre de 2017¹¹⁵, solicitó con fundamento en el artículo 285 del CGP, que se aclare la sentencia proferida por la Sala el 15 de noviembre de 2017.

Argumenta el señor Procurador que tanto en la parte resolutive como en la motiva

¹¹⁵ Ver folios 1929 a 1938 del cuaderno No. 6

de la sentencia “se generan fundados motivos de duda, los cuales dificultan el pleno entendimiento de la decisión”.

Señala que al resolver el caso, la Sala Plena tomó en consideración no solo las razones referidas a la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta, sino mediante la aplicación en el caso de criterios de convencionalidad respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “determinó que ese alto tribunal se refiriera en el fallo a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones de destitución e inhabilidad, en relación con servidores públicos de elección popular”.

Indica que no obstante lo indicado en el capítulo III de la sentencia en lo relativo al exhorto a los órganos competentes, y señalarse en la parte resolutive en el numeral sexto, la acción en la que deben concurrir las autoridades estatales para responder al Sistema Interamericano y adoptar las reformas internas procedentes, con base en la autonomía del Estado y los criterios de la Corte Constitucional, en las consideraciones de la sentencia se incluyen referencias a una específica y concreta manera de aplicar disposiciones del Código Disciplinario Único en lo que respecta a la sanción de destitución e inhabilidad para servidores públicos de elección popular.

Argumenta que a partir del acogimiento de una interpretación sobre el alcance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, se señala en la sentencia que la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones de destitución o suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular tiene plena validez respecto a actos de corrupción, en tanto frente a casos diversos “corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor”.

Lo anterior, se considera, “podría conllevar eventualmente a situaciones de impunidad, pues justamente se trataría de casos en que por no impactar el régimen penal quedaría sin control y sin sanción, ya que pese a lo expresado en el acápite transcrito, no resultaría procedente remitir a la autoridad penal, actuaciones frente a actos no delictuales”.

Para la Procuraduría General de la Nación, existen “dos posiciones que generan ambivalencia en el mismo fallo”. En la parte motiva del exhorto el Consejo de Estado señala que la decisión produce efectos inter partes y que la Procuraduría continúa con la competencia de investigar y sancionar en los términos indicados en la sentencia. Y que al indagarse sobre los términos de la sentencia “se concluye que estos consisten en su incompetencia para sancionar con destitución e inhabilidad a los servidores de elección popular, a menos que se trate de investigaciones que correspondan a casos reprochables de corrupción”.

Se dice que no resulta claro si la sentencia introduce una modificación a las competencias de la Procuraduría General de la Nación, o si por el contrario, “lo que pretende es exhortar para que se realicen las referidas modificaciones, de conformidad con las consideraciones de la providencia”. Por lo tanto, “es ineludible aclarar” sobre si dichos cambios en materia de competencia del órgano de control se producirán una vez se tramiten las reformas normativas a que haya lugar, o si estas son innecesarias, por cuanto dichas modificaciones “operarían de manera inmediata” por efecto de la sentencia.

Para la Procuraduría General de la Nación la aclaración solicitada constituye una forma adecuada de otorgar seguridad jurídica, “ya que permitirá conciliar los efectos inter partes de la sentencia, con la competencia actual de la Procuraduría General de la Nación, y los alcances del exhorto”.

La sentencia, a juicio de la Procuraduría General de la Nación, da lugar a dos entendimientos:

El primero: Si se trata de una decisión que es reiterativa en reconocer que la Procuraduría General de la Nación conserva sus competencias, hasta tanto no se hagan los cambios normativos conforme al sentido de la decisión, se entiende que las competencias del órgano de control “se ajustarán al estándar referido en las consideraciones, sólo cuando entren a regir las modificaciones normativas”.

El segundo: Si se considera que la sentencia efectuó cambios en la competencia de la Procuraduría General de la Nación “en forma directa”, esta postura conllevaría dos extremos contradictorios: en primer lugar, quedaría sin efecto útil las expresas precisiones frente al carácter inter partes de la decisión. Si las modificaciones normativas operan por la sentencia, se estaría configurando un cambio normativo erga omnes. De otra parte, la interpretación de “alteración normativa automática”, dejaría sin efecto útil el referido exhorto, pues si los cambios normativos ya fueron aplicados directamente por la sentencia, no se justifica el exhorto.

El Procurador General de la Nación con fundamento en los argumentos que se resumen, solicita de manera expresa que se aclare la sentencia proferida en el curso del proceso para dilucidar “si dado que la sentencia aplica el criterio de convencionalidad mediante el exhorto ordenando en el numeral 6 de su parte resolutive, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilidad a servidores de elección popular, por actos que no se cataloguen como de corrupción, fenece de forma automática al vencimiento de los dos (2) años que establece el fallo o, por el contrario, es necesario esperar la decisión del Congreso de la República al respecto”.

El Contralor General de la República mediante escrito recibido por correspondencia del Consejo de Estado el 13 de diciembre de 2017, coadyuva la solicitud de aclaración de la sentencia presentada por el señor Procurador General de la Nación. Esta solicitud de coadyuvancia es improcedente por extemporaneidad de acuerdo con el artículo 224 del CPACA, de conformidad con el cual en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho “cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante...”, dentro de la oportunidad que la misma norma prevé, esto es, “Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial,...”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 285 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

«ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada,

de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración».

De acuerdo con el principio de seguridad jurídica, la sentencia es inmodificable por el mismo juez que la profirió, lo que significa que una vez se emite la decisión judicial el juez pierde competencia para pronunciarse sobre el asunto definido. Sin embargo, el juez de manera excepcional está facultado para aclarar la sentencia, de oficio o a solicitud de parte, sólo cuando en ella se observen “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda”, siempre que dichas frases “estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”.

Así, la aclaración de la sentencia se torna en un instrumento conferido a las partes y al juez, para dar claridad y explicación sobre conceptos o frases provenientes de una redacción que dificulta el entendimiento de la sentencia; conceptos de difícil comprensión que son relevantes en la decisión, pues integran la parte resolutive de la sentencia o inciden en ella. No obstante que la ley faculta al juez para el ejercicio de esa potestad, ello no significa que, al aclarar la decisión, el juez pueda revocarla o reformarla.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que la sentencia cuya aclaración se solicita fue notificada, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico dispuesto para notificaciones judiciales, el 7 de diciembre de 2017¹¹⁶, lo que implica que la solicitud de aclaración presentada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de diciembre del mismo año¹¹⁷ se encuentra dentro del término legal.

Para la Procuraduría General de la Nación de la lectura de la providencia del 15 de noviembre de 2017 surge la duda de si en ella se introduce una “alteración normativa automática” de las competencias de la entidad referente a la potestad sancionadora respecto de los servidores públicos de elección popular, o, si dichos cambios solo se producirán dentro del esquema institucional del Estado Colombiano, luego de que se tramiten las reformas necesarias para armonizar el derecho interno con el convencional.

Ciertamente, la Sala considera que la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017, no está llamada a prosperar por las razones que a continuación se explican:

1. La regla fijada en el artículo 189 del CPACA al señalar que “La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”, indica que los efectos de la sentencia en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, son inter partes, es decir, solo entre quienes tienen interés directo en el proceso.

¹¹⁶ Folios 1854 a 1858 cuaderno No. 5

¹¹⁷ Folios 1929 a 1938 cuaderno No. 6

En el presente caso, no hay duda sobre los efectos inter partes de la sentencia del 15 de noviembre de 2017 mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y dispuso el consecuente restablecimiento del derecho, de acuerdo con las pretensiones de la demanda.

En la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes; al contrario, de manera expresa se indicó en la parte motiva que los efectos de la providencia, en este caso, eran inter partes. Para ilustrar, se transcribe como sigue a continuación:

“Por los efectos inter partes del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia”¹¹⁸.

La sentencia mencionada declaró la nulidad de los actos administrativos demandados con fundamento en dos de los cargos alegados en la demanda: i) En la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer al señor Gustavo Francisco Petro Urrego la sanción de destitución e inhabilidad por 15 años, cargo que prosperó en virtud del control de convencionalidad que en el caso concreto realizó la Sala Plena del artículo 44.1. de la Ley 734 de 2002 frente al artículo 23.2 convencional, atendiendo en el caso particular del señor Petro Urrego, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el cual se advirtió la falta de competencia del órgano administrativo de control para imponer una sanción que restringió los derechos políticos del demandante quien fue elegido popularmente como Alcalde Mayor de Bogotá para el período constitucional 2012-2016. Y, ii) En la violación al principio de tipicidad por vicios en la adecuación de las faltas disciplinarias imputadas.

2.- La Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, en su condición de juez de convencionalidad, examinó “para este proceso”, la competencia de la Procuraduría General de la Nación prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, a la luz de las normas convencionales. Ello, al considerar que la sentencia C-028 de 2006 de la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, en la medida en que en el estudio de constitucionalidad de la norma no se abordó el tema de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer, con fundamento en el mencionado artículo 44.1. del CDU, la sanción de destitución e inhabilidad a servidores públicos elegidos popularmente y de esta manera limitar el ejercicio de sus derechos políticos, en aquellos eventos en los que la conducta imputada no se enmarcara dentro de actos de corrupción.

La Sala Plena, en su condición de intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, al advertir la incompatibilidad entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 23.2 convencional, concluyó, para el caso concreto, que

¹¹⁸ Folio 1852

“la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal”. En el caso resuelto, la decisión sancionatoria que impidió que el alcalde de la ciudad de Bogotá culminara su mandato por el período constitucional para el cual fue elegido, fue expedida por el Procurador General de la Nación sin competencia a la luz del artículo 23 convencional, pues se trató de una sanción que limitó los derechos políticos de quien fue elegido por voto popular habida cuenta que las faltas imputadas no fueron calificadas como actos de corrupción.

El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular.

Los jueces nacionales están en la obligación de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”¹¹⁹, sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno.

En otras palabras, la sentencia de 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al órgano de control, al que le corresponde, dentro del andamiaje institucional del Estado Colombiano, combatir el flagelo transnacional de la corrupción.

3.- En relación con el exhorto que hizo la Sala Plena, debe decirse, que varias razones justificaron acudir a dicho instrumento sin que la medida genere motivos de duda que afecten el entendimiento de la sentencia. Entre esas razones cuentan:

- a) Los efectos inter partes de la sentencia que impiden fijar reglas de interpretación con efectos erga omnes.

¹¹⁹ La Corte IDH en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú¹¹⁹, reiteró la doctrina del control de convencionalidad al precisar que lo jueces de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana están sometidos a la misma, lo que significa que deben velar porque el “efecto útil” de esa Convención no se disminuya o se afecte por la aplicación de normas internas que contravengan las disposiciones convencionales; y señaló que los órganos del Estado no solo deben ejercer un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, el cual, inclusive debe hacerse de oficio entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y dentro de las regulaciones procesales correspondientes:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”¹¹⁹ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”.

- b) La vigencia de un orden jurídico interno sobre las competencias atribuidas a la Procuraduría General de la Nación que, respetando el principio democrático, debe armonizarse con los preceptos normativos de la CADH.
- c) Las recomendaciones que sobre este caso hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano en sus numerales 3 a 7 que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional.

Por las anteriores razones se acudió a la figura del exhorto para que en un plazo no superior a dos (2) años, el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y la Procuraduría General de la Nación, dentro del marco de sus competencias, evalúen y adopten las medidas necesarias, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la CADH.

Los argumentos señalados permiten concluir a la Sala, que la solicitud de aclaración de la sentencia de 15 de noviembre de 2017, presentada por la Procuraduría General de la Nación, debe ser negada al no existir conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda en su parte considerativa que incidan en la decisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

Primero: Negar la solicitud de aclaración de la sentencia de 15 de noviembre de 2017 propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

Segundo: Advertir a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recuso alguno de conformidad con el artículo 285 del CGP.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Vicepresidente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
BASTO**

STELLA JEANNETTE CARVAJAL

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

**MARÍA ADRIANA MARÍN
RUBIO**

CARLOS ENRIQUE MORENO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
NAVAS**

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
GAMBOA

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO
BARRERA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO