

MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA – Puede adoptarse sin notificación a la otra parte / MEDIDAS CAUTELARES – Se decide en auto separado al admisorio de la demanda / MEDIDAS CAUTELARES – Levantamiento

Sobre la medida cautelar de urgencia se ocupa el artículo 234 ibídem, al disponer que desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para adoptarla, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Por ende la medida deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente. La adopción de las medidas cautelares reguladas en el CPACA, a diferencia de lo que estaba previsto en los artículos 154 y 155 del CCA, se hace por el Juez o Magistrado en providencia motivada y separada del auto admisorio de la demanda, en aquellos eventos en los que la solicitud se presenta con la demanda. El auto que decreta una medida cautelar, según el artículo 236 del CPACA, será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. La medida cautelar puede ser levantada, a solicitud del demandado o afectado previa caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente, y modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte (art. 235 ibídem).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 234 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 233

MEDIDAS CAUTELARES – No suspende su trámite la interposición de recurso contra el auto admisorio

El trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 233

MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ACTOS DEFINITIVOS SANCIONATORIOS – Es procedente aunque el acto de ejecución pierda eficacia / MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ACTOS DE DESTITUCION E INHABILIDAD DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTA – Procedencia aunque el acto de ejecución de la sanción pierda eficacia

La decisión administrativa proferida por el señor Presidente de la República en cumplimiento de una sentencia de tutela, comporta la ineficacia jurídica del acto que ejecutó la sanción disciplinaria. No obstante, la solicitud de medida cautelar en el presente recae sobre los actos administrativos sancionatorios, esto es, los actos expedidos por la Procuraduría General de la Nación mediante los cuales se declaró responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá, por la realización de tres

faltas disciplinarias gravísimas. Estos actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, y de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad. Y, a pesar de que el acto de ejecución de la destitución, perdió eficacia, los actos definitivos sancionatorios están plenamente vigentes y la medida cautelar de la suspensión es procedente para, de configurarse los supuestos necesarios, suspender los efectos jurídicos de esas decisiones administrativas proferidas por la Procuraduría General de la Nación. La medida de suspensión provisional en el nuevo ordenamiento está conforme a lo previsto en el artículo 238 de la CP. La finalidad de esta medida cautelar, se mantiene, y se contrae a la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado siempre y cuando se configuren los supuestos que establece la ley para su procedencia. De modo que, no le asiste razón a la entidad demandada cuando en el escrito de traslado señala que, la concesión de la medida cautelar de la suspensión provisional implica reversar una situación jurídica consolidada y el restablecimiento del derecho.

MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA - Procedencia para decretar la suspensión provisional cuando la decisión definitiva se hace inocua

El ente de control demandado reprocha al demandante haber demorado en acudir a esta jurisdicción y concluye que “de ninguna manera es posible que se emita una medida de suspensión como de urgencia, ya que a la misma se está acudiendo con fines no de que se conjure una situación apremiante sino de que se realice un juicio previo, con lo cual se estaría haciendo inocua cualquier decisión de fondo dentro del proceso jurisdiccional”. Este argumento puede ser válido desde el punto de vista de la entidad demandada; pero al juez le corresponde igualmente examinar la situación desde el punto de vista del demandante: si la decisión resultare ilegal, para usar el mismo lenguaje de la entidad “se estaría haciendo inocua cualquier decisión de fondo” que le restableciera el derecho reclamado. Es claro en consecuencia para el juzgador, que frente a la decisión de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo sancionatorio, ambas partes se encuentran en la misma situación de posible anticipación de la decisión definitiva. Pero ello no puede ser obstáculo para la efectividad de la medida cautelar solicitada, si hay razones para ello; eso explica porqué el Código precisó que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 238

MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA DE SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ACTOS SANCIONATORIOS – No requiere manifiesta infracción. Carga argumentativa del Juez no constituye prejuzgamiento/ACTOS SANCIONATORIOS DE DESTITUCION E INHABILIDAD DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTA – Perjuicio. Imposibilidad de ejercer el mandato y culminar el período

Que la procedencia de la medida surja de la confrontación del acto acusado con las normas invocadas como violadas en el escrito o de las disposiciones invocadas en la demanda. Este requisito se diferencia de lo previsto en el código anterior, que exigía una “manifiesta infracción” para que procediera la suspensión de los actos impugnados. Así, la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, “no implica prejuzgamiento”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 31

SANCION DE DESTITUCION E INHABILIDAD DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTA- Perjuicio. Imposibilidad de ejercer el mandato y culminarlo

Los actos administrativos sancionatorios que imponen la destitución e inhabilidad en el ejercicio de cargos públicos al demandante, son actos que conllevan una carga para el accionante y le ocasionan un perjuicio, consistente en la imposibilidad de cumplir el mandato que por voto popular recibió de quienes lo eligieron como Alcalde Mayor de Bogotá para el período 2012-2015. En el caso particular, no es de recibo el argumento que plantea la entidad demandada, en el sentido de que en este caso no se probó el perjuicio causado al accionante y que éste no se puede establecer con el solo hecho del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación. Al respecto cabe señalar que el destinatario de la sanción administrativa disciplinaria es un servidor elegido popularmente, quien con ocasión de la destitución e inhabilidad general fue separado de su cargo lo que imposibilita que ejerza el mandato y culmine el período para el cual fue elegido, hecho que por sí mismo comporta la demostración del daño que se requiere como presupuesto para la procedencia de la medida.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231

ACTOS DE SANCION DE DESTITUCION E INHABILIDAD A ALCALDE MAYOR DE BOGOTA- Vulneración del debido proceso. Competencia de Procurador General de la Nación

En el escrito de sustentación de la solicitud de la medida cautelar se argumenta que los actos administrativos demandados desconocieron el debido proceso porque la entidad demandada al adelantar la investigación no atendió las reglas de competencia directa del Procurador General de la Nación. Sobre el particular se debe señalar que el suscrito reitera la tesis expresada en el salvamento de voto a la sentencia de tutela de 5 de marzo de 2014, en el sentido de que conforme al artículo 278.1 de la C.P., por tratarse de un asunto de “infracción manifiesta” de la Constitución y la ley, era de competencia privativa del Procurador General de la Nación, por lo que se configura el vicio de falta de competencia para expedir el acto sancionatorio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 287 NUMERAL 1

CONFIGURACION DE LA FALTA DISCIPLINARIA – Elementos. Principio de culpabilidad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DE DESTITUCION E INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS DEL ALCALDE MAYOR DE BOGOTA – Culpabilidad. Prueba

En materia de derecho sancionatorio disciplinario cobra especial importancia la aplicación del principio de culpabilidad, el cual constituye un supuesto ineludible para la declaratoria de responsabilidad del funcionario. El artículo 13 del Código Disciplinario Único, dispone que "En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa." Este principio, según lo han expresado la doctrina y la jurisprudencia, emana del principio de dignidad del ser humano, que en aplicación de las normas del debido proceso, es un requisito sine qua non para la imposición de la sanción disciplinaria. Así, la conducta para ser sancionable, debe ser

imputable al servidor público, lo que quiere decir que, no es posible endilgar la responsabilidad por la sola causación del resultado. Al estar excluida cualquier forma de responsabilidad objetiva, la decisión administrativa sancionatoria debe fundarse en la prueba que demuestre la culpabilidad del servidor público, esto es, que permita imputar plenamente la falta atribuida, a título de “dolo” o de “culpa”. De ahí también la necesidad de motivar cuantitativa y cualitativamente el acto sancionatorio (art. 19 CDU). La sanción disciplinaria debe estar fundada en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso (art. 128 ídem). Y, en desarrollo de los principios constitucionales, la carga de la prueba en materia de derecho sancionatorio disciplinario le corresponde al Estado, lo que quiere decir que, la autoridad que disciplina está en la obligación de demostrar que el servidor actuó con culpa o con dolo, para poder, en ejercicio de sus atribuciones, imponer la respectiva sanción. En el caso concreto, al Alcalde Mayor de Bogotá, en el acto sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, se le imputó la comisión de faltas disciplinarias a título de dolo y culpa gravísima. En criterio del Despacho, no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que, consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde Mayor de Bogotá, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, aspecto que se echa de menos en el acto sancionatorio. Esta circunstancia vulnera el debido proceso administrativo por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 13 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 19 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Surtido el traslado de la solicitud de la medida cautelar previsto en el inciso 2 del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se surtió mediante auto del 10 de abril de 2014, procede el

Despacho a estudiar la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados.

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 previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los actos administrativos de fechas 9 de diciembre de 2013, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del expediente No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, mediante el cual se declaró responsable disciplinariamente al demandante, y 13 de enero de 2014 expedido por la misma Sala que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo de fecha 9 de diciembre de 2013, y que confirmó la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL¹

Mediante escrito visible a folios 4 a 6 del cuaderno de medidas cautelares, presentado el 28 de marzo de 2014, el apoderado del actor reemplazó el escrito inicial de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, con fundamento en los siguientes argumentos:

Expresa que el artículo 230 del CPACA clasifica las medidas cautelares, en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y condiciona su procedencia a que guarden relación directa con las pretensiones de la demanda.

Indica que la suspensión provisional es una medida cautelar prevista en el numeral 3° del citado artículo, que tiene por objeto impedir que se siga causando un perjuicio irremediable al actor en razón del “agotamiento día a día del período constitucional para el cual fui elegido” (fl. 5).

Señala que al momento de proferirse el fallo, que puede ser favorable al actor, “los derechos del demandante ya habrán sido burlados y hasta se puede haber agotado el período del mandato constitucional como alcalde mayor de la ciudad de Bogotá D.C., sin que exista ninguna forma de retribuirle estos derechos, especialmente el derecho político a ser elegido” (fl. 5).

Precisa que en el presente caso se cumplen los requisitos previstos por el artículo 231 del CPACA, pues está demostrado que los actos demandados desconocen las disposiciones invocadas en el capítulo de la demanda correspondiente a las normas violadas y al concepto de violación, y concreta dicha vulneración en la “Violación de normas superiores”, así:

a) Sustentación del escrito mediante el cual se solicitan las medidas cautelares

1.1 Considera el actor que los actos demandados vulneraron el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, porque la entidad demandada al adelantar la investigación desconoció las reglas de la competencia

¹ Los folios que se citan en este acápite corresponden al cuaderno de medidas cautelares.

directa del Procurador General de la Nación ya que la sanción fue impuesta por un juez distinto al natural

1.2 Expone que la entidad accionada se atribuyó la función de control político (arts. 40 y 239 de la CP) al juzgar las políticas públicas a través del poder disciplinario, ya que dicha función corresponde al Concejo de Bogotá.

1.3 Resalta que la Sala Disciplinaria se atribuyó competencias que no le otorgan la ley ni la Constitución Política, “para asumir la investigación, en única instancia, contra un funcionario aforado de mayor jerarquía que ellos mismos” (fl. 5).

1.4 Precisa que la Sala Disciplinaria:

- i) Negó la práctica de pruebas que eran conducentes y pertinentes para demostrar la inocencia del disciplinado y la intervención de un tercero que causó los hechos investigados.
- ii) No hizo una valoración integral y congruente de todas las pruebas aportadas al proceso.
- iii) Efectuó una adecuación de las conductas en faltas tipificadas en blanco o en tipos abiertos, “sin efectuar el cierre de los mismos en el momento de elevar los cargos y de imponer la sanción” (fl. 6).
- iv) Hizo una tasación desproporcionada de la sanción con lo cual desconoció los aspectos que regula el artículo 47 de la Ley 734; adicionalmente impuso una sanción “tasada con el mismo racero para juzgar a su predecesor quien si cometió actos de corrupción y fue sancionado con una simple suspensión” (fl. 6).
- v) Imputó una culpabilidad dolosa frente a conductas calificadas como imprevistas, a las que realmente corresponde una conducta culposa.
- vi) Se atribuyó funciones de control jurisdiccional respecto de actos administrativos proferidos por el actor.
- vii) Se violó el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, ya que no se aplicó el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1.5 Agrega en escrito visible a folios 22 a 25 que al nombrarse como Alcalde en encargo, a un Ministro de Gobierno de un partido diferente al del Gobierno Distrital, se violó el principio de autonomía regional, previsto en el artículo 275 de la Constitución Política y el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

1.6 Señala que el Magistrado Ponente en este proceso, en el debate jurídico que se surtió en la acción de tutela del actor que cursó en esta Corporación, fijó una posición clara, en el sentido de considerar que el proceso disciplinario adelantado contra el demandante, es competencia directa del Procurador General de la Nación, por las razones expuestas en el salvamento de voto.

1.7 Expone que se incurrió en otra irregularidad sustancial que también se señaló en los salvamentos de voto de la acción de tutela, consistente en que, el accionante debió ser procesado mediante el proceso verbal y no el ordinario, como efectivamente se hizo.

1.8 Expresa que en los salvamentos de voto, también se indicó que en el trámite disciplinario, se violaron aspectos del debido proceso, como el principio de tipicidad, el derecho de contradicción por negación de las pruebas y la sanción fue desproporcionada.

1.9 Señala que es evidente prima facie, sin necesidad de realizar un estudio de fondo de los actos demandados que la Procuraduría incurrió en violación flagrante del debido proceso en razón a que la sanción no fue impuesta por el juez natural, esto es el Procurador General de la Nación, sino por procuradores delegados, y no se aplicaron las normas del juicio legalmente establecido, el procedimiento verbal.

1.10 Afirma el actor que estos dos aspectos son suficientes para cumplir con los requisitos de procedencia de la suspensión provisional de los actos demandados, fijados por la jurisprudencia de este Despacho y de la Sección Segunda de esta Corporación.

1.11 Resalta que la sanción impuesta, priva al actor de ejercer como Alcalde de los bogotanos y viola su derecho de participar en la conformación política del Distrito, conforme al mandato de sus electores. Concluye que se trata de un perjuicio a un derecho fundamental “que se sigue causando día a día, y que tiene la connotación de ser irreparable, pues se trata de un período constitucional que no es posible reponer” (fl. 25).

b) Normas violadas y concepto de violación de la demanda²

El Despacho expondrá en síntesis el acápite de la demanda correspondiente a las normas violadas y al concepto de violación, en razón a que en la solicitud de la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, el actor se remite a éstos.

En la demanda el actor cita como normas violadas:

De la Constitución Política, los artículos 29, 40, 103, 259, 277, 278, 315, 365, 366, 367, 368, 369 y 370.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 4, 5, 6, 9, 13, 14, 18, 20, 23, 28, 84, 86, 87, 94, 128, 129, 132, 141 y 142.

Del Decreto Ley 1421 de 1993, los artículos 35, 38, 39 y 163.

De la Ley 142 de 1994, los artículos 5 num. 5.1, 14 num. 14.5, 17, 18 y 40.

De la Ley 489 de 1998, los artículos 209, 210 y 211.

De la Ley 1551 de 2013, el artículo 33.

Del Decreto 262 de 2000, los artículos 7 (nums. 5 y 21), 9 y 22.

De la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 23.

Se formulan como cargos los siguientes: i) Violación directa de la Constitución Política, ii) Violación de normas internacionales, iii) Violación directa de la ley, iv) Inexistencia de ilicitud sustancial, v) Culpabilidad, vi) Tipicidad, vii) Violación del Decreto 262 de 2000, viii) Falsa motivación y ix) Desviación de poder.

i) Violación directa de la Constitución Política

1.1 Violación del derecho al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política.

Considera el actor que la competencia para conocer del proceso disciplinario era directamente del Procurador General, pues en el pliego de cargos se invocó el artículo 278 numeral 1 de la Constitución Política, norma que trata los asuntos que son competencia directa de dicho funcionario “y porque de la manera como se

² Los folios que se citan en este acápite corresponden al cuaderno principal del proceso.

tipificó la posible falta de gravísima y dolosa, era indudable que era el Procurador General a quien le correspondía legalmente adelantar el proceso” (fl. 584). Igualmente agrega que el trámite del procedimiento administrativo debió ser el del proceso verbal.

Resalta que desde el principio de la actuación se violaron los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia, a la imparcialidad judicial, al juez natural y a ser sancionado bajo un procedimiento preestablecido.

Expresa que la Sala Disciplinaria prejuzgó e impidió la defensa del disciplinado, pues desde el pliego de cargos se advirtió la responsabilidad del actor, lo que afectó el principio de presunción de inocencia³, “pues el juicio de responsabilidad definitivo se hace en el fallo” (fl. 586). A efectos de demostrar esta afirmación se citan varios apartes del pliego de condiciones y resalta que “ya el pliego de cargos sentenció que el alcalde de Bogotá había tomado la decisión, sin entrar al debate probatorio y dialéctico que debe cursar en el proceso, sin tener en cuenta órdenes de las autoridades competentes, sin tener en cuenta la versión libre en la que se exponen las causas y los efectos del proceso en forma sistemática y no aislada” (fl. 591).

Indica que no hubo imparcialidad en la actuación disciplinaria, pues los reproches expuestos en el pliego de cargos son categóricos y existió prejuzgamiento.

Señala que para expedir los actos demandados no se tuvieron en cuenta las pruebas que favorecían la defensa del disciplinado, las cuales no fueron analizadas por la Procuraduría.

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

Precisa el demandante que estas normas establecen los derechos políticos a elegir y ser elegido, a revocar el mandato, y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Considera que como el actor fue elegido por votación popular en las elecciones del año 2011, se debe respetar la voluntad de los ciudadanos que lo eligieron, “y en ello radica su derecho fundamental a que su remplazo se lleve a cabo de conformidad con el procedimiento establecido” (fl. 596).

Relata que la actuación de la Procuraduría afecta los derechos políticos de los electores del Alcalde y de quienes impulsan la revocatoria de su mandato. Así como el derecho fundamental a ejercer cargos públicos que fue vulnerado por la acción disciplinaria de la Procuraduría.

1.3 Violación de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política

Manifiesta el demandante que el artículo 278 numeral 1° señala que es competencia directa del Procurador General de la Nación desvincular del cargo al funcionario público que infrinja de manera manifiesta la Constitución o la ley.

³ Sobre este aspecto cita el acto administrativo del 9 de marzo de 2006, proferido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, que declaró la nulidad de un pliego de cargos en el proceso No. 162-135826-06

Así se puntualiza que de la comparación entre la norma en cita y el trámite del proceso disciplinario, se concluye que existió una indebida delegación en la Sala Disciplinaria y violación del principio del juez natural.

Precisa que la delegación realizada por el Procurador General de la Nación a la Sala Disciplinaria, es indebida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287.1 de la CP.

Adiciona que el Procurador General de la Nación invocó los numerales 21, 22, 23 y 24 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000 para delegar en la Sala disciplinaria la investigación disciplinaria contra el actor. De la misma manera agrega que la competencia del Procurador prevista en el numeral 22 del citado artículo no excluye la aplicación del artículo 278.1 de la CP. Al respecto señala que según la sentencia C-429 de 2001, el Procurador ejerce directamente las funciones previstas en el artículo 278.1 de la CP, y las establecidas en el artículo 277 ídem pueden ser objeto de delegación.

Señala que desde el pliego de cargos, la destitución del accionante se originó por faltas que correspondían a la infracción “de manera manifiesta de la Constitución y la ley”, de modo que la competencia recaía directamente en el Procurador General de la Nación.

ii) Violación de normas internacionales

Afirma el accionante que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que los derechos políticos de los ciudadanos solamente pueden limitarse en un proceso penal por un juez competente, de modo que las autoridades administrativas no tienen tal competencia⁴.

iii) Violación directa de la ley

Expone el actor que los actos demandados desconocen el Código Disciplinario Único contenido en la Ley 734 de 2002, ya que la “la omisión en el ejercicio de la competencia directa asignada constitucionalmente al Procurador General de la Nación” (fl. 612) viola el principio de titularidad de la acción disciplinaria (arts. 2 y 3 del CDU).

iv) Inexistencia de ilicitud sustancial

Indica el demandante que la ilicitud sustancial se configura al comprobarse que la conducta del disciplinado desconoció la finalidad para la cual fue instituido el deber. Así aunque una conducta sea típica, puede no constituir falta disciplinaria si “no se afectó en modo alguno el desarrollo correcto e imparcial y transparente de la función pública” (fl. 613).

Expone que en materia disciplinaria las faltas sólo son sancionables a título de dolo, pero en el presente caso, aunque el fallador haya considerado que el disciplinado actuó a título de dolo y culpa, estima el accionante que no se tuvo en cuenta la participación de terceros en los hechos materia de investigación

⁴ Sobre este aspecto se cita el salvamento del voto del Doctor Néstor Ivan Osuna del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver la acción de tutela presentada por diversos ciudadanos.

Resalta que en toda actuación disciplinaria se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y el de presunción de inocencia. De manera que considera el demandante que a la Procuraduría le correspondía probar su responsabilidad y no a él demostrar su inocencia⁵.

v) Culpabilidad

Señala el actor que la implementación transitoria del esquema de recolección de basuras buscó el beneficio de la comunidad y de la administración distrital, de modo que la actuación del disciplinado estuvo desprovista del dolo que señala el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, según el cual en materia disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Considera que en los actos sancionatorios no hay un estudio de la culpabilidad del actor, ni de por cuál razón la falta era gravísima. Agrega que se calificó erradamente una conducta que “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” (fl. 616).

Adiciona que el Ministerio Público no puede desconocer que según el artículo 370 de la CP que corresponde al Presidente de la República ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Estima que la conducta del funcionario que constituye falta disciplinaria es la que implica una infracción de sus deberes funcionales, por acción u omisión, “y ella debe haber sido ejecutada o ser atribuible directamente al servidor que tiene el deber funcional, la atribución y/o competencia legal y reglamentaria para ejecutar la acción o para incurrir en la omisión” (fl. 620).

vi) La tipicidad

Argumenta el actor que en materia disciplinaria generalmente existen normas en blanco o de reenvío, que requieren ser complementadas con otras disposiciones, con los reglamentos de la entidad, los manuales de funciones y de procedimiento. Sin embargo en el presente caso no se señalaron cuáles fueron las funciones que incumplió el disciplinado.

Señala que la tipificación de la conducta que realizó la autoridad disciplinaria fue errada, porque no se probó la existencia de la falta disciplinaria ni su relación con el deber funcional.

Expone que en el acto demandado no se efectuó un análisis de los criterios que se tuvieron en cuenta para graduar la sanción, hecho que constituye una violación al debido proceso.

Expresa que la errada tipificación condujo a la imputación de una falta gravísima, la que “solamente es aplicable a hechos de alta y refinada corrupción ... como si se tratara de un delincuente peligrosísimo” (fl. 621).

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

Explica que la sanción no fue proporcional pues los hechos que originaron la actuación disciplinaria duraron 3 días y la inhabilidad impuesta es de 15 años, pues sólo se tuvo en cuenta lo desfavorable al disciplinado.

vii) Violación del Decreto 262 de 2000

Resalta el accionante que el Decreto 262 de 2000 establece como funciones del Procurador General de la Nación conocer en única instancia de los procesos disciplinarios contra el Alcalde Mayor de Bogotá (art. 7, num. 22); norma que se lee en consonancia con el artículo 278.1 de la Constitución Política, para establecer que el Alcalde es sujeto directo de la acción disciplinaria del Procurador General de la Nación.

Comenta que el artículo 22 del citado decreto señala las competencias de la Sala Disciplinaria y “pone en evidencia que las actuaciones de la Sala Disciplinaria se realizaron por fuera de su competencia y con fundamento en una delegación que no estaba autorizada en la ley y mucho menos en la Constitución Política” (fl. 624).

viii) Falsa motivación

Enfatiza el actor que en el presente caso se configura falsa motivación por error de hecho, pues los actos demandados hacen referencia a unos hechos hipotéticos, como el daño que pudo causar la política del Alcalde, que su conducta fue dolosa y que los decretos mediante los cuales se implementó el sistema de aseo son presuntamente ilegales e inconstitucionales, cuando por el contrario son actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad.

También alega falsa motivación 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” (fl. 625).

Expone que no era competencia de la Procuraduría General de la Nación controlar disciplinariamente una política pública –BASURA CERO- que se orientó a cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional.

Señala que el ente de control ejerció una competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues efectuó el control de legalidad del Decreto 564 de 2012 que implementó el programa BASURA CERO; decreto cuya legalidad se declaró por parte del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, mediante sentencia del 12 de febrero de 2014.

ix) Desviación de poder

Precisa el demandante que el ente de control tramitó un proceso disciplinario con el propósito de ajustar las normas disciplinarias a la ejecución de las políticas públicas sobre la prestación del servicio de aseo en Bogotá, campo al que no se aplica el estatuto disciplinario.

Estima que la Sala Disciplinaria se atribuyó 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 se conseguían los vehículos adecuados.” (fl. 631).

Resalta que el juez contencioso administrativo es la autoridad competente para pronunciarse sobre la legalidad de los Decretos 564 y 570 de 2012.

Expone que la entidad accionada incurrió en desviación de poder por cuanto utilizó sus competencias para realizar el control político de las decisiones del gobierno distrital en el esquema de recolección de basuras.

Enfatiza que la Sala Disciplinaria en razón de una indebida delegación de funciones, ejerció arbitrariamente la potestad disciplinaria para fines y objetivos distintos de la legalidad que debe “revestir toda actuación de quien ejercer el poder punitivo del Estado en materia disciplinaria” (fl. 633).

TRASLADO DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL⁶

Mediante auto del 10 de abril de 2014, el Despacho ordenó a la Secretaría correr traslado a la entidad demandada, de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados. En consecuencia la Procuraduría General de la Nación expone lo siguiente:

Sobre la procedencia de la medida cautelar

Considera que los efectos jurídicos de los actos administrativos sancionatorios correspondientes a la ejecución y registro de la sanción contra el disciplinado se produjeron el 19 de marzo de 2014, cuando el Procurador General de la Nación comunicó los actos demandados al Presidente de la República, autoridad encargada de ejecutar la sanción disciplinaria y se registró la inhabilidad.

Señala que la sanción de destitución del Alcalde Mayor de Bogotá fue efectiva cuando el Presidente de la República expidió el Decreto 570 de 20 de marzo de 2014.

Precisa que los actos administrativos cuya suspensión provisional solicita el actor, cobraron plenos efectos jurídicos, de modo que la concesión de la suspensión provisional “implicaría revertir una situación consolidada, lo que devendría no en una medida cautelar sino de restablecimiento, y además haría imposibles los efectos de la sentencia en caso de que la misma sea favorable a la entidad ... ya que al momento de la decisión final es muy probable que no pueda ejecutarse la sanción, y por lo tanto la medida impediría el cumplimiento de los fines del derecho disciplinario en cuanto a su función punitiva y moralizadora” (fl. 153).

Estima que el actor acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar los actos sancionatorios cuando ya estaban consumados los efectos de la destitución con el registro de la sanción disciplinaria.

Manifiesta que la suspensión provisional de los actos demandados debe negarse porque el actor pretende “que se desnaturalicen las medidas cautelares, ya que busca que se reverse una situación jurídica consolidada consistente en su destitución e inhabilidad, lo cual solo es procedente mediante sentencia de fondo” (fl. 154).

⁶ Los folios citados en este aparte corresponden al cuaderno de medidas cautelares

Expresa que el actor busca con la medida cautelar que se realice un prejuzgamiento con fundamento en normas que se deben debatir en el proceso y cuyo análisis debe concluir en la sentencia y no en la decisión sobre la suspensión provisional de los actos demandados.

Subraya que el demandante tiene la carga de explicar la necesidad y justificación de la medida como lo dispone el artículo 231 del CPACA, de manera que es “obligación de la parte interesada brindar una carga argumentativa “mayor” y “suficiente” y elementos justificados y probatorios, que le permitan al conductor del proceso tomar alguna decisión al respecto sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento.” (fl. 156). Se agrega que el actor no cumplió esta obligación porque el escrito de la solicitud de medidas cautelares remite al concepto de violación de la demanda, en consecuencia el juez terminaría realizando la confrontación que corresponde al interesado, situación que contraría la normatividad sobre las medidas cautelares.

Señala que no se acreditan los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar solicitada porque en el escrito de la solicitud no se desarrolló un carga argumentativa contundente y no cuenta con un sustento probatorio distinto del que se surtirá en el proceso.

Precisa que en el presente caso la sanción disciplinaria no transgredió el ordenamiento jurídico, ni los derechos fundamentales del actor, de manera que no se configuró el perjuicio que se exige para la procedencia de la medida cautelar.

Resalta que la Corte Constitucional en la sentencia T-887 de 2005, consideró que la calidad de servidor público de elección popular no excluye el ejercicio del control disciplinario.

Finalmente expresa la entidad demandada que como requisito para el decreto de la medida cautelar, cuando se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios se debe probar al menos sumariamente la existencia de los mismos, y que en el presente caso no se acreditó o probó este requisito, en tanto no se pueden establecer por el sólo hecho del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría.

Así concluye que “los actos acusados no vulneran las normas invocadas como violadas, se deja claro, además, que en el presente asunto no se encuentra demostrado la existencia de perjuicios, luego el paso a seguir y sin necesidad de revisar aspecto adicional alguno, sería denegar la suspensión provisional, pues la redacción de la norma tiene una connotación copulativa, ya que exige los dos supuestos; no alternativa (que cumplido uno resulte innecesario el otro); ni discrecional” (fl. 185).

Sobre los argumentos de la medida cautelar

Respecto de los razonamientos del escrito de solicitud de medidas cautelares manifiesta la entidad accionada que se circunscriben a la violación del derecho al debido proceso.

Frente a que el proceso disciplinario debió adelantarse directamente por el Procurador General de la Nación, considera que la facultad de delegación del Procurador está prevista en el párrafo del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, el cual dispone que la competencia disciplinaria consagrada en el numeral 22 del

citado artículo, relativa a los procesos disciplinarios en única instancia que se adelanten contra el Alcalde Mayor de Bogotá, puede delegarse en la Sala Disciplinaria.

A reglón seguido manifiesta que no puede hablarse de falta de competencia por imposibilidad de delegación, pues la Corte Constitucional en la sentencia C-429 de 2001 consideró que el Decreto Ley 262 de 2000 puede establecer reglas sobre la delegación de funciones “entre las que se encuentra la posibilidad de radicar la competencia de procesos disciplinarios que se adelanten contra el Alcalde Mayor de Bogotá en el Viceprocurador General o en la Sala Disciplinaria” (fl. 163).

Igualmente se destaca que los Procuradores Delegados que integran la Sala Disciplinaria no son funcionarios de menor jerarquía que el Alcalde de Bogotá, pues tienen la misma categoría del Procurador General de la Nación, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia SU 448 de 2011.

Sobre el tipo de faltas por las cuales fue sancionado el actor (Ley 734, artículo 48 numerales 31, 60 y 37), señala que no corresponden a las previstas en el numeral 1° del artículo 278 de la Constitución Política “lo que se desprende de la lectura de los cargos disciplinarios elevados” (fl. 14), por ende era posible efectuar la delegación de la investigación que se surtió contra el actor, en la Sala Disciplinaria.

En torno al mismo aspecto resalta que si bien existe cierta similitud entre las faltas contenidas en el numeral 1° del artículo 278 de la Constitución Política y las descritas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, según la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 2004 “aquéllas no son más que supuestos particularmente graves de éstas”.

Así, relata que en la sanción disciplinaria del actor, no se trató de una infracción manifiesta de la Constitución y la ley, pues se requirió de un amplio acervo probatorio y de un análisis jurídico profundo. Al respecto agrega que “si se llega a considerar que toda violación de la Ley por ser grave y probada ampliamente es en sí misma manifiesta, se desconocería la existencia de las faltas gravísimas, que no son nada distinto que transgresiones a los deberes funcionales que implican en todos los casos una conducta contraria a las normas constitucionales o legales” (fl. 16).

En segunda medida en lo atinente a que la Procuraduría General de la Nación se atribuyó funciones de control político, se argumenta que los controles político y disciplinario por parte de dicha entidad, son autónomos, y así lo ha considerado la Corte Constitucional en las sentencias C-107 de 2013 y C-028 de 2006, en la medida que corresponden a formas del ejercicio y vigilancia de la función pública. Así la Procuraduría es competente para juzgar conductas reprochables disciplinariamente y que a su vez estén relacionadas con la formulación de políticas públicas, cuando se verifique el incumplimiento de los fines del Estado, pues es posible que se transgredan los principios de la función pública.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional, en la sentencia SU 712 de 2012 también ha validado la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores de elección popular.

En tercer lugar sobre que no se decretaron las pruebas que favorecían al disciplinado se expone que fueron solicitadas al interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, de manera que al tener en

cuenta que las etapas de la actuación disciplinaria son preclusivas no era posible revivir un trámite que había concluido.

No obstante lo anterior, si bien el artículo 171 del Código Disciplinario Único permite la práctica de pruebas después de proferido el fallo de única instancia como facultad oficiosa, en el presente caso, existieron elementos de juicio que permitieron concluir que en la conducta sancionada no fue relevante la intervención de terceros.

Argumenta que la valoración probatoria se circunscribió a los parámetros generales de la sana crítica, lo que puede comprobarse en el texto de los actos demandados.

Narra que la declaración de Emilio Tapia que se solicitó de manera extemporánea en el proceso disciplinario y que se rindió en el curso de una acción de tutela, habría podido solicitarse dentro de los términos previstos en la actuación disciplinaria pues se constató que los hechos sobre los cuales declaró el testigo fueron conocidos por la administración distrital antes del proceso disciplinario.

En tercer lugar, sobre la tipicidad de las conductas y la existencia de tipos disciplinarios en blanco que presuntamente no fueron completados, manifiesta la entidad accionada que “las faltas elevadas en cargos, si tuvieron un desarrollo concreto y completo respecto de la conducta del Señor Petro Urrego” (fl. 171), para efectos de probar esta afirmación resume las faltas probadas en la actuación disciplinaria y sus fundamentos de derecho.

Afirma que el Decreto 564 de 2012 impuso unas limitaciones a la libertad de empresa, con lo cual se desconoció la Constitución y la ley, y condujo a que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionara al accionante por el esquema de aseo implementado en el Distrito.

En cuarto lugar, sobre la tasación de la sanción estima que ante las faltas gravísimas dolosas o con culpa gravísima corresponde imponer la destitución e inhabilidad. Y en lo que concierne al límite de la sanción expresa que ésta corresponde a los criterios de proporción señalados en la ley, sin que haya lugar a compararla con la situación del ex Alcalde Samuel Moreno, pues no se está frente a casos idénticos.

En quinto lugar, respecto de la culpabilidad y su calificación expuso que las faltas imputadas al Alcalde se cometieron a título de dolo y culpa gravísima, en tanto en el proceso disciplinario se demostró que “El señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá” (fl. 178)

Se agrega que diversas instituciones del orden nacional y distrital advirtieron al accionante que las entidades del distrito no tenían la experiencia y capacidad para asumir la prestación del servicio de aseo.

En sexto lugar sobre la aplicación del artículo 21 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos estima que la facultad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación no contradice el citado artículo 23, en cuanto a la potestad de sancionar personas que ocupan cargos de elección popular, a este respecto destaca lo considerado en las sentencias C-028 de 2006 y SU 712 de 2013.

Al respecto afirma que de aceptarse la tesis de actor sobre la incompetencia de la Procuraduría General de la Nación se “haría nugatoria una sentencia de constitucionalidad, sino que además derivaría en un régimen de irresponsabilidad disciplinaria, puesto que no existe ningún otro órgano del estado con competencia constitucional o legal para asumir los procesos que por infracciones a los deberes funcionales de los servidores deban adelantarse, y por lo tanto las mismas no podrían ser juzgadas” (fl. 184).

Intervención de la parte actora

Mediante escrito del 6 de mayo de 2014, el apoderado del demandante se pronunció sobre lo expuesto por la entidad accionada en torno a la improcedencia de la medida cautelar solicitada. Al respecto afirma que la concesión de la medida solicitada no implica un prejuzgamiento porque así lo dispone el inciso segundo del artículo 229 del CPACA.

Agrega que el artículo 231 ibidem autoriza al demandante para que en la petición de la medida acoja lo expuesto sobre las normas violadas en la demanda.

Señala que la investigación disciplinaria contra el actor como Alcalde de Bogotá no era delegable, según lo indica el artículo 278.1 de la Constitución Política.

Indica que la entidad accionada pretende justificar el vicio de falta de competencia de la Sala Disciplinaria, al aducir una excepción constitucional que el constituyente no estableció, pues indica que “la Procuraduría reconoce y admite que cuando se trate de una violación manifiesta de la Constitución o la ley, la potestad disciplinaria directa del Procurador General no es delegable, pero que en este caso si podía delegar a pesar de la violación directa, porque a la Procuraduría le tocó hacer un esfuerzo deductivo” (fl. 191).

Expresa que las pruebas que no se decretaron por la entidad demandada, eran sobrevinientes, de modo que no podían pedirse en el trámite inicial de la actuación administrativa. Agrega que las sentencias de la Corte Constitucional citadas en el escrito del traslado, no corresponden al mismo caso que ahora se estudia, pues “en el caso del Dr. Gustavo Petro no se trata de delito alguno contra el erario” (fl. 192).

Señala sobre la prueba del perjuicio para la procedencia de la medida cautelar que no se puede obviar el hecho de agotamiento del período del Alcalde “y la posible ineficacia de los efectos del fallo en el evento de ser favorable a sus pretensiones” (fl. 193).

Concluye que para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada basta tener en cuenta que el Procurador General de la Nación no podía delegar en la Sala Disciplinaria el trámite de la actuación disciplinaria.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

El Despacho precisa que el recurso de reposición interpuesto por la entidad demandada contra el auto admisorio de la demanda, de fecha diez (10) de abril de 2014, no suspende el trámite de la medida cautelar.

Así se establece a partir del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 que prescribe, “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, **antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso**, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, **en providencia motivada**, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, ...”. Y, según el procedimiento descrito en el artículo 233 ibídem se precisa que:

- 1.- El Juez o Magistrado Ponente, al admitir la demanda, **en auto separado**, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella dentro del término de cinco (5) días. **Este plazo correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.**
- 2.- Contra el auto que corre traslado de la solicitud de medida cautelar no procede recurso.
- 3.- El auto que decida sobre las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella.
- 4.- Cuando la medida haya sido negada podrá solicitarse nuevamente, si se han presentado hechos sobrevinientes y se cumplen las condiciones necesarias para su decreto.

Ahora bien, sobre la medida cautelar de urgencia se ocupa el artículo 234 ibídem, al disponer que desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para adoptarla, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Por ende la medida deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente.

La adopción de las medidas cautelares reguladas en el CPACA, a diferencia de lo que estaba previsto en los artículos 154 y 155 del CCA, se hace por el Juez o Magistrado en providencia motivada y separada del auto admisorio de la demanda, en aquellos eventos en los que la solicitud se presenta con la demanda.

El auto que decreta una medida cautelar, según el artículo 236 del CPACA, será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.

La medida cautelar puede ser levantada, a solicitud del demandado o afectado previa caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente, y modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte (art. 235 ibídem).

De acuerdo con lo descrito, el trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento sobre oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos es un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse dentro del proceso contencioso administrativo. Su naturaleza es de carácter provisional, pues se mantienen vigentes mientras permanezcan los hechos o circunstancias que las generan, independientemente del procedimiento que dé curso a la relación procesal.

En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación interpuso recurso de reposición contra el auto de diez (10) de abril del año en curso, por medio del cual se admitió la demanda instaurada por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego (fls. 683-698 cuad. ppal).

En criterio de la parte recurrente, “el trámite de la medida cautelar en este caso depende de la subsistencia del auto admisorio de la demanda, no sólo porque ese fue el trámite que se le imprimió (art. 233) ante la ausencia de la “urgencia” predicada por la parte demandante, sino porque la misma está sustentada en las normas invocadas como violadas en la demanda cuya admisión se cuestiona”. Y de manera expresa se solicita que “se abstenga de decidir la solicitud de medida cautelar, hasta tanto se subsane la demanda...”.

Este Despacho considera que el argumento expresado no corresponde a la interpretación y aplicación de las nuevas disposiciones previstas en el capítulo XI de la Ley 1437 de 2011, sobre medidas cautelares.

Como ya se indicó, el trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso.

Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda.

En este orden de ideas, en el caso concreto, no existe impedimento procesal para entrar a decidir, en el término previsto en el artículo 233 del CPACA, la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

Hechos relevantes

El 9 de diciembre de 2013, mediante acto administrativo, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación declaró responsable disciplinariamente al demandante y le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años, por la comisión de las faltas gravísimas contenidas en los numerales 31, 60, y 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

El 13 de enero de 2014 la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, a través de acto administrativo resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo de fecha 9 de diciembre de 2013 y confirmó la sanción impuesta al actor.

El 5 de marzo de 2014, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia confirmó el fallo del 17 de enero de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que rechazó por improcedente la acción de tutela presentada por el actor.

El 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Resolución 5/2004, consideró que "el presente asunto reúne prima facie los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el artículo 25 de su Reglamento. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno de Colombia que suspenda inmediatamente los efectos de la decisión de 9 de

diciembre de 2013, emitida y ratificada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2014"⁷.

El 20 de marzo de 2014, el Presidente de la República, mediante Decreto 570, ejecutó la sanción de destitución impuesta al actor por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y encargó a Rafael Pardo Rueda mientras se conformaba la terna para suplir la vacancia presentada en la Alcaldía Mayor de Bogotá.

El 31 de marzo de 2014, el actor mediante apoderado presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales fue sancionado con destitución e inhabilidad por quince (15) años para ejercer cargos y funciones públicas.

El 31 de marzo 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió remitir por competencia el proceso a esta Corporación.

El 10 de abril de 2014, este Despacho admitió la demanda presentada por el actor y ordenó que se corriera traslado a la parte accionada del escrito contentivo de la medida cautelar, por el término de cinco (5) días para que se pronunciara sobre la misma.

El 21 de abril de 2014, el Presidente de la República a través de Decreto 761, encargó de las funciones del empleo de Alcalde Mayor de Bogotá a María Mercedes Maldonado Copello.

El 21 de abril de 2014, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil - Restitución de Tierras, falló la acción de tutela interpuesta por el señor Orlando Augusto Verano y concedió el amparo solicitado, en consecuencia ordenó al Presidente de la República que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia debía dejar sin efectos el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014 "y en consecuencia, tome las decisiones a que haya lugar para el acatamiento de la medida cautelar 374-13 proferida por la CIDH en la resolución 05 del 18 de marzo de 2014".

El 23 de abril de 2014, el Presidente de la República cesó los efectos del Decreto 570 del 20 de marzo de 2014 en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Superior.

DE LA SUSPENSION PROVISIONAL

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es una medida cautelar prevista en el numeral 3 del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad, de acuerdo con

⁷ Consideró la Comisión en la citada resolución "(...) a la fecha de la emisión de la presente resolución, la Comisión no ha recibido 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 la autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. (...) En particular, la Comisión toma nota que en dicha petición se aduce la posible falta de compatibilidad de la decisión de la Procuraduría General de la Nación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la potencial falta de efectividad de los recursos disponibles en la vía interna (...)"

lo previsto en el artículo 229 ibídem es la de “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia,...”.

De acuerdo con el artículo 231, inciso primero, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, ii) en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando dicha violación surja i) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas⁸ o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Y, en aquellos casos en los que adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse “al menos sumariamente la existencia de los mismos.”.

En el presente asunto, la medida de suspensión se solicita respecto de los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se impuso al demandante la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de quince (15) años.

Con la solicitud de la medida, el demandante pretende “impedir que se siga causando un perjuicio irremediable, consistente en el agotamiento día a día del período constitucional para el cual fui elegido” (fl. 5 cuad. medidas cautelares).

De la verificación de los requisitos formales para proceder al estudio de la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos sancionatorios.

1.- La medida fue solicitada en escrito separado de la demanda al momento de la presentación de la misma.

En el presente caso la parte actora solicitó de manera expresa el decreto de la medida cautelar de urgencia, al considerar que:

“Estando cumplidos los requisitos de ley para la prosperidad de las medidas, solicito se decreten sin el consentimiento previo de la parte demandada, contemplado en el artículo 233 del CPACA, conforme a la autorización consagrada en tal sentido por el artículo 234 ejusdem”.

El Despacho, al efectuar la valoración de la urgencia de la medida, en armonía con las reglas de procedencia de las medidas cautelares (art. 229) y con la norma sobre su contenido y alcance (art. 230), consideró en providencia de diez (10) de abril del año en curso, que “...tratándose de actos administrativos sancionatorios, que están precedidos de un procedimiento complejo en su motivación y decisión, el juicio que debe formarse el juzgador para examinar los actos demandados y confrontarlos con las normas superiores, no puede producirse exclusivamente con los aspectos que le señala el demandante, sino que se requiere, para su adecuada valoración, contar igualmente con el punto de vista del ente estatal que profirió los actos sancionatorios enjuiciados.”.

Con fundamento en lo anterior, se dispuso surtir el trámite previsto en el artículo 233 del CPACA, para de esta manera, garantizar el derecho al debido proceso de las partes.

⁸ No hay necesidad, como lo exigía el artículo 152.2 del CCA que se configure una “manifiesta infracción” de las disposiciones invocadas como fundamento de la medida.

2.- La medida cautelar de suspensión provisional se solicitó sobre los actos administrativos sancionatorios contenidos en las decisiones de única instancia proferidas por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de fecha 9 de diciembre de 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y la de fecha 13 de enero de 2014, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, confirmándola en su integridad.

El acto administrativo de fecha 9 de diciembre de 2013 proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación es un acto administrativo definitivo con el que se decide el fondo del asunto (art. 43 CPACA) al constituir el fallo de única instancia dentro del proceso disciplinario (arts. 169A y 170 del CDU).

Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante acto de 13 de enero de 2014, quedando en firme el acto administrativo sancionatorio en los términos previstos en el artículo 119 de la ley 734 de 2002.

En el numeral QUINTO de esta última decisión se dispuso de manera expresa:

“En cumplimiento del Decreto 1421 de 1993 y el artículo 172 del Código Disciplinario Único, por intermedio del señor procurador general de la nación COMUNICAR el contenido de la presente decisión al señor presidente de la República, funcionario competente para la ejecución de la sanción impuesta.”.

El Presidente de la República mediante el Decreto 570 de 20 de marzo de 2014 destituyó en el ejercicio del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá., D.C, al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, con el fin de dar cumplimiento al fallo de única instancia del 9 de diciembre de 2013, con número de radicación IUS 2012-447489, IUC D 2013-661-576188, confirmado mediante acto de 13 de enero de 2014. En el mismo acto encargó de las funciones del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá, al señor RAFAEL PARDO RUEDA, sin separarse de sus funciones como Ministro del Trabajo, mientras se conformaba una terna para proceder a realizar la designación en los términos de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 52 del Decreto 1421 de 1993.

El acto de destitución, pese a ser un acto administrativo de simple ejecución, en su parte motiva describe de manera detallada la situación particular que precede a la decisión, en razón a las acciones constitucionales que interpuso el directo afectado con la finalidad de suspender los efectos de la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, hechos de notorio conocimiento público.

El acto de ejecución hizo expresa mención a la sentencia SU-712 de 2013 en la que la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia señalada en las sentencias T-544 de 2004 y C-028 de 2006, al precisar que “..., a partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella y en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Mediante el Decreto 761 de 21 de abril de 2014 se encargó de las funciones de Alcalde Mayor de Bogotá, a la señora Maria Mercedes Maldonado Copello.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, Restitución de Tierras, en sentencia de 21 de abril de 2014, al resolver la acción de tutela interpuesta por el señor Oscar Augusto Verano contra la Presidencia de la República y la Procuraduría General de la Nación, concedió la solicitud de amparo constitucional formulado por el ciudadano en relación con los derechos a elegir y ser elegido y al debido proceso internacional. Y dispuso en la parte resolutive de la decisión: “ORDENAR al PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Dr. JUAN MANUEL SANTOS CALDERON que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efectos el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014, y en consecuencia, tome las decisiones a que haya lugar para el acatamiento de la medida cautelar 374-13 proferida por la CIDH en la resolución 05 del 18 de marzo de 2014”.

En cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Restitución de Tierras, el Presidente de la República expidió el Decreto 797 de 23 de abril de 2014, en el que dispuso:

“Artículo 1. Cesación de efectos. En cumplimiento de la Sentencia del 21 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala Civil- Restitución de Tierras, cesar los efectos de los decretos 570 del 20 de marzo de 2014, mediante el cual se dio cumplimiento a la decisión adoptada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, haciendo efectiva la sanción de destitución del señor Gustavo Francisco Petro Urrego en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., y se encargó al doctor Rafael Pardo Rueda con el fin de evitar vacíos de poder o de autoridad, y 761 del 21 de abril de 2014 por medio del cual se encargó de las funciones del empleo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., a la señora Maria Mercedes Maldonado Copello,…”.

En este orden de ideas, se tiene que, con ocasión de la declaratoria de cesación de los efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se ejecutó la sanción de destitución, el Alcalde Mayor de Bogotá, se reintegró de manera inmediata a su cargo, pues, el acto mediante el cual se dispuso su retiro del servicio al ejecutar la sanción de destitución en el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá, dejó de producir efectos jurídicos al darse cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La decisión administrativa proferida por el señor Presidente de la República en cumplimiento de una sentencia de tutela, comporta la ineficacia jurídica del acto que ejecutó la sanción disciplinaria.

No obstante, la solicitud de medida cautelar en el presente recae sobre los actos administrativos sancionatorios, esto es, los actos expedidos por la Procuraduría General de la Nación mediante los cuales se declaró responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá, por la realización de tres faltas disciplinarias gravísimas.

Estos actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, y de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad. Y, a pesar de que el acto de ejecución de la destitución, perdió eficacia, los actos definitivos sancionatorios están plenamente vigentes y la medida cautelar de la suspensión es procedente para, de configurarse los supuestos necesarios, suspender los efectos jurídicos de esas decisiones administrativas proferidas por la Procuraduría General de la Nación.

La medida de suspensión provisional en el nuevo ordenamiento está conforme a lo previsto en el artículo 238 de la CP. La finalidad de esta medida cautelar, se mantiene, y se contrae a la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado siempre y cuando se configuren los supuestos que establece la ley para su procedencia. De modo que, no le asiste razón a la entidad demandada cuando en el escrito de traslado señala que, la concesión de la

medida cautelar de la suspensión provisional implica revertir una situación jurídica consolidada y el restablecimiento del derecho. La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo sub iudice, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa.

En relación con lo aquí expresado, otro argumento sobre la imposibilidad jurídica del decreto de medidas cautelares, lo hace consistir la Procuraduría en que tales medidas, en procesos en que se debate la legalidad de una decisión administrativa sancionatoria, "generaría un restablecimiento del derecho". El ente de control demandado reprocha al demandante haber demorado en acudir a esta jurisdicción y concluye que "de ninguna manera es posible que se emita una medida de suspensión como de urgencia, ya que a la misma se está acudiendo con fines no de que se conjure una situación apremiante sino de que se realice un juicio previo, con lo cual se estaría haciendo inocua cualquier decisión de fondo dentro del proceso jurisdiccional".

Este argumento puede ser válido desde el punto de vista de la entidad demandada; pero al juez le corresponde igualmente examinar la situación desde el punto de vista del demandante: si la decisión resultare ilegal, para usar el mismo lenguaje de la entidad "se estaría haciendo inocua cualquier decisión de fondo" que le restableciera el derecho reclamado. Es claro en consecuencia para el juzgador, que frente a la decisión de la medida cautelar de suspensión de los efectos de un acto administrativo sancionatorio, ambas partes se encuentran en la misma situación de posible anticipación de la decisión definitiva. Pero ello no puede ser obstáculo para la efectividad de la medida cautelar solicitada, si hay razones para ello; eso explica porqué el Código precisó que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento".

De lo anterior se desprende que para decretar la medida cautelar, cuando se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el CPACA dispone que el juzgador tiene la carga de hacer explícita la "violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado" (art. 231). Esto quiere decir, no que deben estar demostradas todas las disposiciones invocadas, pero sí que al menos uno de los cargos expuestos lleve al juzgador la convicción de que se produjo la violación de la ley, pudiendo incluso, adicionalmente, llamar la atención sobre las violaciones legales que podrían tener efectividad luego de tramitado el proceso.

3.- La causal invocada en la solicitud de suspensión provisional es la de la violación de normas superiores y de las disposiciones señaladas en el "capítulo denominado de las normas violadas y concepto de violación" de la demanda.

Contrario a lo expresado por la entidad demandada, en la solicitud de la medida, la parte actora sí expresa las razones por las que considera existe una violación de normas superiores con la expedición de los actos acusados que justifican adoptar la decisión que provisionalmente suspenda los efectos jurídicos de la sanción de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación. La carga argumentativa sustenta in extenso la solicitud de la medida. Y, es el mismo artículo 231 del CPACA el que permite que la sustentación se haga en escrito separado o con fundamento en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

4.- Que la procedencia de la medida surja de la **confrontación** del acto acusado con las normas invocadas como violadas en el escrito o de las disposiciones invocadas en la demanda.

Este requisito se diferencia de lo previsto en el código anterior, que exigía una “manifiesta infracción” para que procediera la suspensión de los actos impugnados.

En el CPACA la confrontación del acto administrativo acusado con las normas que se invocan en el escrito en el que se sustenta la medida, o en las disposiciones de la demanda, exige del juez un análisis que debe ser a la vez cuidadoso y provisional, que le permita en esta etapa del proceso, adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, cuando del mismo se observen motivos de ilegalidad que justifiquen la decisión.

Así, la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, “no implica prejuzgamiento”.

La Procuraduría señala que debe prevalecer la cautela y moderación del juez frente a una figura procesal del nuevo CPACA. El Despacho comparte esa preocupación, por lo cual insiste en la necesidad de efectuar un análisis amplio y detallado de las razones para decretar la medida cautelar. Pero igualmente considera que esa preocupación no puede ser motivo para que el juzgador se abstenga de hacer uso del medio preventivo que le solicita el demandante, pues ello llevaría a la inoperancia de la figura de las medidas cautelares en general y de la suspensión provisional en particular, que caracterizó al anterior Código Contencioso Administrativo y que llevó a consagrar en el nuevo Código una figura más amplia y protectora de los derechos del demandante frente a la actuación de la administración.

5.- En el caso concreto, además de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, se pretende el restablecimiento del derecho, por lo que para que proceda la medida es necesario “probarse sumariamente” la existencia del perjuicio, de acuerdo con el artículo 231 del CPACA.

Sobre el particular, debe señalarse que, en el caso sub judice, los actos administrativos sancionatorios que imponen la destitución e inhabilidad en el ejercicio de cargos públicos al demandante, son actos que conllevan una carga para el accionante y le ocasionan un perjuicio, consistente en la imposibilidad de cumplir el mandato que por voto popular recibió de quienes lo eligieron como Alcalde Mayor de Bogotá para el período 2012-2015.

En el caso particular, no es de recibo el argumento que plantea la entidad demandada, en el sentido de que en este caso no se probó el perjuicio causado al accionante y que éste no se puede establecer con el solo hecho del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación. Al respecto cabe señalar que el destinatario de la sanción administrativa disciplinaria es un servidor elegido popularmente, quien con ocasión de la destitución e inhabilidad general fue separado de su cargo lo que imposibilita que ejerza el mandato y culmine el período para el cual fue elegido, hecho que por sí mismo comporta la demostración del daño que se requiere como presupuesto para la procedencia de la medida.

ANÁLISIS Y CONFRONTACIÓN DEL ACTO SANCIONATORIO CON LAS NORMAS QUE SE INVOCAN COMO VIOLADAS

La solicitud de suspensión provisional recae sobre el acto administrativo que declaró responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y le impuso sanción de destitución e inhabilidad por el término de quince (15) años, proferido el 9 de diciembre de 2013 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, confirmado mediante acto de 13 de enero de 2014 que resolvió el recurso de reposición interpuesto.

La ejecución de este acto sancionatorio se produjo con la expedición del Decreto 570 de 2014. Este acto se dejó sin efectos al expedirse el Decreto 797 de 2014 para dar cumplimiento a la Sentencia de 21 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Este hecho, si bien es relevante en la medida en que suspende la ejecución de la sanción de destitución impuesta al señor Gustavo Petro Urrego en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá, no releva de la competencia que constitucional y legalmente le corresponde a esta jurisdicción como juez natural del control de legalidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

i) De la falta de competencia

En el escrito de sustentación de la solicitud de la medida cautelar se argumenta que los actos administrativos demandados desconocieron el debido proceso porque la entidad demandada al adelantar la investigación no atendió las reglas de competencia directa del Procurador General de la Nación.

Sobre el particular se debe señalar que el suscrito reitera la tesis expresada en el salvamento de voto a la sentencia de tutela de 5 de marzo de 2014, en el sentido de que conforme al artículo 278.1 de la C.P., por tratarse de un asunto de "infracción manifiesta" de la Constitución y la ley, era de competencia privativa del Procurador General de la Nación, por lo que se configura el vicio de falta de competencia para expedir el acto sancionatorio.

No obstante la convicción del suscrito Magistrado ahora ponente de esta decisión, debe señalarse que, el debate sobre la competencia por delegación de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, para expedir los actos administrativos sancionatorios que destituyeron al Alcalde Mayor de Bogotá, ha suscitado controversia al interior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁹. Lo que significa que es un aspecto que debe ser retomado en la sentencia.

ii) De la violación al debido proceso

Para la configuración de la falta, es necesario que se estructuren dos elementos que son: i) el acto ilícito sustancial y ii) la culpabilidad.

En materia de derecho sancionatorio disciplinario cobra especial importancia la aplicación del principio de culpabilidad, el cual constituye un supuesto ineludible para la declaratoria de responsabilidad del funcionario. El artículo 13 del Código Disciplinario Único, dispone que "En materia disciplinaria queda proscrita toda

⁹ Ver sentencia de tutela de 5 de marzo de 2014 Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Exp. No. 25000-23-42-000-2013-06871-01, con salvamentos de voto.

forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa." Este principio, según lo han expresado la doctrina y la jurisprudencia, emana del principio de dignidad del ser humano, que en aplicación de las normas del debido proceso, es un requisito sine qua non para la imposición de la sanción disciplinaria. Así, la conducta para ser sancionable, debe ser imputable al servidor público, lo que quiere decir que, no es posible endilgar la responsabilidad por la sola causación del resultado.

Al estar excluida cualquier forma de responsabilidad objetiva, la decisión administrativa sancionatoria debe fundarse en la prueba que demuestre la culpabilidad del servidor público, esto es, que permita imputar plenamente la falta atribuida, a título de "dolo" o de "culpa". De ahí también la necesidad de motivar cuantitativa y cualitativamente el acto sancionatorio (art. 19 CDU). La sanción disciplinaria debe estar fundada en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso (art. 128 ídem). Y, en desarrollo de los principios constitucionales, la carga de la prueba en materia de derecho sancionatorio disciplinario le corresponde al Estado, lo que quiere decir que, la autoridad que disciplina está en la obligación de demostrar que el servidor actuó con culpa o con dolo, para poder, en ejercicio de sus atribuciones, imponer la respectiva sanción.

En el caso concreto, al Alcalde Mayor de Bogotá, en el acto sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, se le imputó la comisión de faltas disciplinarias a título de dolo y culpa gravísima.

Al respecto se tiene que la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se le imputó a título de dolo. En el acto sancionador el análisis de culpabilidad se argumentó entre otras, bajo las siguientes razones:

"En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva; conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, aspecto que se evidenció en la determinación sobre el entonces director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los contratos interadministrativos 017 y 809 de 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..."

Sobre el dolo, se precisa que como título de imputación subjetiva comporta la inequívoca intención de querer un resultado.

El concepto de dolo en materia disciplinaria ha sido delimitado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

"Delimitados de esa manera esos conceptos, la Corte considera pertinente destacar las aproximaciones que se han hecho, desde la doctrina, a la definición del dolo en materia disciplinaria. La Corte destaca, en esta ocasión, la elaborada por la Procuraduría General de la Nación:

"El dolo en materia disciplinaria implica que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado".

La doctrina, por su parte, ha propuesto partir de la definición que otras disciplinas hacen del dolo, asociándolo con la intencionalidad y el saber, en los mismos términos planteados por la Procuraduría. Al respecto, se ha dicho:

“Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes”.

Así las cosas, la Sala resolverá el caso concreto con fundamento en las siguientes premisas: i) El examen de la culpabilidad del servidor público investigado por la presunta comisión de una falta disciplinaria es un requisito indispensable para la imposición de la sanción; ii) Dicho examen implica verificar si, con su conducta, el investigado vulneró la garantía de función pública que activa la potestad disciplinaria del Estado; iii) La autoridad disciplinaria cuenta con un amplio margen para determinar si la falta se cometió a título de dolo o culpa, dado el sistema de tipos abiertos y de “*numerus apertus*” que estableció el legislador en materia disciplinaria y; iv) El dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinable conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales.”¹⁰

Del análisis y confrontación de las normas que se invocan y que han sido citadas en esta providencia, se tiene que en el acto sancionatorio la imputación se hizo a título de dolo bajo consideraciones, que a juicio de este Despacho no constituyen una motivación que de manera razonable y con suficiencia argumentativa y probatoria, permita atribuir sin dubitación alguna que la falta disciplinaria es imputable a título de dolo.

El dolo como elemento subjetivo debe estar plenamente probado y la valoración de la conducta debe comprender a su vez el análisis del elemento volitivo o motivación del acto, el cual también requiere de su plena comprobación.

De manera crítica debe decirse que, según se indica en el acto sancionatorio, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO “conocía los hechos”, y “**quería** que las empresas del Distrito asumieran, **a como diera lugar**, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá...”. La expresión transcrita implica que el ente disciplinario no solamente valoró negativamente las motivaciones que el señor PETRO URREGO expuso a lo largo del trámite disciplinario, sino que, tal expresión califica la conducta como un mero capricho

¹⁰ Sentencia T-319A/12. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

del actuar. Para el Despacho se evidencia que dicha valoración no contiene la entidad suficiente para convencer objetivamente de la intención que motivó la actuación del agente y permita atribuir el dolo como el título más gravoso de culpabilidad en materia de responsabilidad disciplinaria.

Además, ese “querer” que se manifiesta en el acto como elemento que determina la voluntad del sujeto disciplinado, obedece en el caso concreto, a una interpretación y valoración de la conducta por parte de la autoridad administrativa, en la que no se tuvieron en cuenta otros elementos que permitieran razonablemente determinar el grado de culpabilidad del agente y la gravedad de la falta imputada, como lo sería el haber analizado las causas que motivaron dicho actuar, entre ellas, la adopción de una política pública por parte del Alcalde a través de la inclusión de la población recicladora en la prestación del servicio público de aseo.

De otra parte, y bajo la misma línea de análisis, en cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, que también se imputa a título de dolo, se reitera en el acto sancionatorio, el juicio de valor sobre el querer del actuar del Alcalde Mayor de Bogotá, al señalarse que “quería que empresas distintas a las del Distrito no pudieran prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá en igualdad de condiciones”. Ese querer, no es evidencia por si solo de la “voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición” como elemento de la culpabilidad.

En este orden de ideas, de acuerdo con el acto administrativo sancionatorio impugnado en el presente caso, en criterio del Despacho, no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que, consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde Mayor de Bogotá, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, aspecto que se echa de menos en el acto sancionatorio. Esta circunstancia vulnera el debido proceso administrativo por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción.

Las razones aquí expresadas resultan suficientes para decretar la medida cautelar con fundamento en el artículo 231 del CPACA, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos sancionatorios por violación directa del artículo 29 de la C.P., en concordancia con los artículos 13, 18, 19 y 43 del CDU.

Los efectos de la medida cautelar que aquí se decreta se contraen a la imposibilidad de ejecutar el acto sancionatorio hasta que se decida mediante sentencia definitiva sobre la legalidad del mismo. Lo que quiere decir: i) La sanción de destitución no puede hacerse efectiva por el Presidente de la República (art. 172.1 CDU), ii) La sanción de inhabilidad de quince (15) años para ejercer cargos públicos y función pública queda suspendida hasta tanto se profiera sentencia definitiva.

De las solicitudes de coadyuvancia

1.- Mediante escrito de 5 de mayo de 2014 remitido por correo electrónico a la Presidencia del Consejo de Estado, el señor Alberto Camacho Cárdenas manifiesta que coadyuva la defensa del Estado y por lo tanto solicita que no se concedan las medidas cautelares solicitadas con la demanda.

De conformidad con lo previsto en el artículo 159 del CPACA, quien pretenda comparecer al proceso como demandante, demandado o interviniente, debe hacerlo por medio de su representante debidamente acreditado. En tratándose de persona natural debe comparecer al proceso por conducto de abogado inscrito,

excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa (art. 160 inciso primero CPACA). Y, de acuerdo con el artículo 224 idem, cualquier persona que acredite interés directo podrá pedir que se le tenga como coadyuvante en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con fundamento en las normas anteriores, la solicitud de coadyuvancia formulada por el ciudadano Alberto Camacho Cárdenas no reúne los requisitos para ser tramitada, puesto que, no demostró su calidad de abogado, ni confirió poder, y tampoco acredita interés para intervenir dentro del presente proceso.

2.- El abogado Carlos Fradique Méndez, en escrito radicado el 9 de mayo del año en curso, solicita que se niegue la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, señalando las razones por las cuales considera que esta medida no debe prosperar.

Sobre esta solicitud debe señalarse que el peticionario no acredita el interés directo que le asiste para intervenir como coadyuvante dentro del presente trámite, por lo tanto, tampoco se tendrá como tercero interviniente.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B",

RESUELVE

PRIMERO: DECRÉTASE la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos jurídicos 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 de 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 de 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 de 2013.

SEGUNDO: OFÍCIESE a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que tome nota de la suspensión de la sanción de inhabilidad que recae sobre el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades (SIRI), en los términos y para los efectos de esta providencia.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección dése respuesta al escrito recibido en este Despacho el 5 de mayo de la presente anualidad, indicándosele a quien lo suscribe el trámite dado a la presente actuación.

CUARTO: NIÉGASE la intervención como coadyuvantes de los ciudadanos Alberto Camacho Cárdenas y Carlos Fradique Méndez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: RECONÓCESE personería jurídica al abogado Héctor Alfonso Carvajal Londoño para actuar como apoderado sustituto de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 652 del cuaderno principal del expediente.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

GERARDO ARENAS MONSALVE