

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / SOLICITUD DE DESINVESTIDURA – Requisitos

[D]e acuerdo con el numeral c) del artículo 5° de la Ley 1881 de 2018, la solicitud de desinvestidura presentada por un ciudadano debe reunir dos requisitos, a saber: i) la expresión de la causal y ii) la – debida – explicación de las razones por las cuales se considera que el congresista ha incurrido en ella

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 5

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza

[E]l artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 concibe la pérdida de investidura como un proceso de carácter sancionatorio en el que se realiza un juicio de responsabilidad subjetivo. Lo anterior quiere indicar que para efectos de establecer si un congresista incurrió en las causales que se le imputan, se requiere analizar, inicialmente, la tipicidad de la conducta, que implica establecer si los hechos invocados en la solicitud y que se le atribuyen al servidor público se adecúan a la causal endilgada. Pero dicho análisis no resulta suficiente para despojar de la investidura a los congresistas en la medida en que se requiere, adicionalmente y en caso de que se encuentre que la conducta del congresista acusado se adecúa a la causal de pérdida de investidura que se le atribuye – tipicidad –, evaluar si aquel actuó en forma dolosa o culposa – culpabilidad-

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1

HABER DADO LUGAR A QUE EL ESTADO SEA CONDENADO A REPARACIÓN PATRIMONIAL – Como causal de desinvestidura / SENTENCIA JUDICIAL EJECUTORIADA – Como elemento estructural de la causal invocada / DECISIONES ADOPTADAS EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Naturaleza jurídica

La acreditación de los elementos para la configuración de la inhabilidad precitada parten de la existencia de una sentencia judicial ejecutoriada en la que, en primer lugar, el Estado haya sido condenado patrimonialmente y, en segundo lugar, se indique que esa condena patrimonial es imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público. La Sala debe mencionar que el solicitante, en los hechos de la solicitud y en la corrección de la misma, sustentó la inhabilidad en la existencia de unos procesos de responsabilidad fiscal tramitados por la Contraloría de Bogotá y en los cuales el congresista acusado habría sido encontrado responsable fiscalmente (...) Del recaudo probatorio realizado, resulta evidente la existencia de unas decisiones adoptadas en procesos de responsabilidad fiscal en las que se ha encontrado responsable fiscal al congresista acusado, Gustavo Francisco Petro Urrego. Sin embargo, tales pronunciamientos tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, conforme con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 y los pronunciamientos judiciales de la Corporación en los que se indica que «[...] *los fallos con responsabilidad fiscal son actos administrativos susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]*», lo que significa que no tienen la connotación de providencias o decisiones judiciales, aspecto medular de la inhabilidad regulada en el artículo 122 de la Carta Política – inciso 5° por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 INCISO 5 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009 – ARTÍCULO 5

NOTA DE RELATORÍA: Sobre La configuración de la causal de desinvestidura prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Carta Política – modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2019 ver Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inadmisibilidad de la interpretación extensiva o analógica de las inhabilidades para ser elegido a los cargos de representación popular ver Consejo De Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA VEINTE ESPECIAL DE DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00970-00(PI)

Actor: CARLOS MANUEL ALFARO FONSECA

Demandado: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Tema: VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 122 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA – INCISO 5° –, CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 1° DEL ARTÍCULO 183 DE LA CARTA POLÍTICA

Sentencia de primera instancia

La Sala Especial de Pérdida de Investidura nro. 20 decide, en primera instancia, la solicitud de pérdida de investidura presentada por el ciudadano **Carlos Manuel Alfaro Fonseca**, en contra del Senador de la República **Gustavo Francisco Urrego Urrego**.

I.- ANTECEDENTES

1.- La solicitud de desinvestidura

El ciudadano **Carlos Manuel Alfaro Fonseca**, obrando en nombre propio y en su condición de abogado, solicitó a esta jurisdicción que se decrete la pérdida de investidura del señor **Gustavo Francisco Petro Urrego**, Senador de la República para el período 2018-2022 y, en consecuencia, se cancele su credencial – fol. 1 a 16, cuaderno principal 1 –.

Solicitó, además, la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 1596 de 2018, por medio de la cual se declara la elección del Senado de la República, se asignan unas curules para el período 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales.

Pidió adicionalmente y como consecuencia de la cancelación de la credencial, se oficiara a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que se llamara al candidato que seguiría en orden de inscripción a ocupar la curul, con el fin de suplir la vacancia.

1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada

El demandante, al precisar la causal de pérdida de investidura invocada, con ocasión de la corrección de la demanda – fol. 43 a 54, cuaderno principal 1 –, le atribuyó al acusado la violación del régimen de inhabilidades previsto para los congresistas – artículo 1° del artículo 183 de la Constitución Política –, por haber incurrido en la prohibición establecida en el inciso 5° del artículo 122 de la Carta Política – modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009 –, consistente en no poder ser inscrito como candidato a cargos de elección popular por haber dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa así calificada por sentencia judicial, a que el Estado fuera condenado a una reparación patrimonial, salvo que se asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

1.2.- Los hechos que sustentan la causal de pérdida de investidura

El solicitante menciona como hechos que sustentan la causal de desinvestidura los siguientes:

1.2.1.- Señaló que el Consejo de Estado había dejado sin efectos la decisión judicial por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

suspendió provisionalmente la «[...] sanción fiscal [...]» que la Contraloría de Bogotá le impuso al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, ex alcalde de Bogotá, por haber sido «[...] hallado fiscalmente responsable del detrimento de más de 217.000 millones de pesos que, a juicio del organismo de control, se produjo por la decisión de la administración de rebajar el costo de la tarifa por el servicio de transporte integrado masivo durante hora valle [...]».

1.2.2.- Subrayó que la Contraloría de Bogotá, en el 2006, le impuso al acusado «[...] una multa, actualmente, suspendida, que supera los \$217.000 millones y le embargó sus cuentas bancarias, tras ser declarado responsable fiscalmente por el supuesto daño patrimonial que sufrió la capital colombiana al reducirse las tarifas de Transmilenio; como consecuencia de la inhabilidad sobreviniente que tiene el Senador Demandado, a partir de la ejecutoria de la sentencia [...]».

1.2.3.- Hizo referencia a que, según el certificado de antecedentes disciplinarios especial nro. 1213408714 de 4 de marzo de 2019, expedido por la Procuraduría General de la Nación, «[...] aparece Reportado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía No 208.079 condenado en Tres (3) Procesos, a dos folios, e inhabilitado para Desempeñarse como Senador de la República según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 por un proceso de Responsabilidad Fiscal [...]».

1.2.4.- Manifestó, además, que en el certificado de antecedentes disciplinarios especial nro. 12134084452 de 4 de marzo de 2019, expedido por la Procuraduría General de la Nación, «[...] aparece Reportado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía No 208.079 condenado en Tres (3) Procesos, a dos folios, e inhabilitado para Desempeñar cargo Público según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 por un Proceso de Responsabilidad Fiscal [...]».

1.3.- Sustentación de la causal invocada

En la solicitud de desinvestidura se argumentó que el acusado tiene tres decisiones en su contra, proferidas por la Contraloría de Bogotá relacionadas con su gestión en la Alcaldía de Bogotá – 2012 a 2015 –, en las que se cuestionan decisiones adoptadas por aquel y que le habrían costado a la ciudad más de trescientos mil millones de pesos.

Destacó que dos de esas decisiones tienen que ver con «[...] *la polémica decisión de Petro sobre el servicio de aseo en Bogotá y la otra, con bajar la tarifa de Transmilenio en horas valle, que según los procesos fue tomada sin los necesarios estudios técnicos y que le costó a la ciudad 217 mil millones. La Contraloría dice que, como Alcalde Mayor, Petro es responsable de esos daños patrimoniales y que debe responder por lo perdido [...]*».

Agregó que tanto la Constitución Política, así como normas legales – sin indicarlas – y desarrollos de la jurisprudencia de las altas cortes – sin mencionar las providencias judiciales – establecen la prohibición consistente en que cualquier persona responsable, por omisión grave o abierto dolo, «[...] *de una pérdida de plata pública pueda contratar con el Estado, **inscribirse como candidato a una elección** o posesionarse como servidor público. Esta inhabilidad no es permanente, pues existe la posibilidad de que el condenado fiscal pague la plata de la sanción, y así recupera sus derechos plenos [...]*».

Reiteró que el Consejo de Estado dejó sin efectos – sin referenciar la providencia – la decisión judicial mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca suspendió provisionalmente la «[...] *sanción fiscal [...]*» que la Contraloría de Bogotá le impusiera al acusado por un detrimento de más de doscientos diecisiete mil millones de pesos producto de la decisión de la administración de rebajar el costo de la tarifa del transporte masivo integrado durante las horas valle.

Posteriormente, en el escrito de corrección de la solicitud, dedicó el acápite «[...] *DEBIDA EXPLICACIÓN [...]*» a precisar las razones por las cuales considera que los hechos expuestos en la demanda configuran la causal de pérdida de investidura alegada, en la siguiente forma:

«[...] DEBIDA EXPLICACIÓN [...] Al revisar un recurso contra una El acá (sic) Demandado (sic) esencia (sic), tiene tres decisiones en su contra tomadas por la Contraloría de Bogotá y que hacen referencia a decisiones de su Alcaldía (2012-2015) que, según el ente de control, le costaron a la ciudad más de 300 mil millones de pesos. Por Constitución, normas legales y desarrollos de la jurisprudencia de las cortes existe en Colombia la prohibición de que cualquier persona responsable, por omisión grave o abierto dolo, de una pérdida de plata pública pueda contratar con el Estado, inscribirse como candidato a una elección o posesionarse como servidor público. Esta inhabilidad no es permanente, pues existe la posibilidad de que el condenado fiscal pague la plata de la sanción, y así recupera sus derechos plenos.

Pero hasta al momento de Instaurar la presente Acción (sic) y según los antecedentes del Certificado Antecedentes de Responsabilidad Fiscal (sic) emanado de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva del 4 de Marzo de 2019 (sic) donde aparece Reportado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego (sic), identificado con la cédula de ciudadanía No. 208.079 condenado en Tres (3) Procesos (sic), a dos folios; Certificado Antecedentes Disciplinarios Ordinario No. 12134084452, emanado de la Procuraduría General de la Nación del 4 de Marzo de 2019 donde aparece Reportado el Señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía No. 208.079 condenado en Tres (3) Procesos, a dos folios, e Inhabilitado para Desempeñar cargo Público (sic) según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 por un Proceso de Responsabilidad Fiscal (sic); el Certificado Antecedentes Disciplinarios Especial No. 1213408714, emanado de la Procuraduría General de la Nación del 4 de Marzo de 2019 (sic) donde aparece Reportado el Señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía No. 208.079 condenado en Tres (3) Procesos (sic), a dos folios, e inhabilitado para Desempeñarse como Senador de la República según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 por un Proceso de Responsabilidad Fiscal y el Certificado Antecedentes Disciplinarios Ordinario No. 123604092, emanado de la Procuraduría General de la Nación del 4 de Marzo de 2019 (sic) donde aparece Reportado el Señor Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con la cédula de ciudadanía No. 208.079 condenado en Tres (3) Procesos, a dos folios, e Inhabilitado para Desempeñarse (sic) como Senador de la República (sic) según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 (sic) por un Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Finalmente tenemos que: [...] “Ley 734 de 2002 [...] Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1º. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria

del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[...]

En conclusión, la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente cumple con una finalidad constitucionalmente válida y legítima. Configura una expresión de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, principalmente de la gestión fiscal y el manejo adecuado del patrimonio del Estado, pues pretende garantizar que quien aspire a desempeñar cargos públicos no haya sido condenado en juicio fiscal, previo trámite adelantado con las garantías del debido proceso. En ese sentido, quien pretenda ser Senador no debe haber sido responsabilizado por alguna falta a la pulcritud, honestidad y probidad en el manejo de los recursos de la comunidad. La inhabilidad objeto de debate, cumple con un propósito constitucionalmente válido y además, no está prohibido, sino que por el contrario, representa un mandato expreso de la Carta, derivado de la necesidad de garantizar y fortalecer la relación de confianza entre los funcionarios y los ciudadanos, bajo un esquema de garantía integral de la moralidad y la transparencia administrativa, en el sentido de exigir ciertas cualidades éticas y morales, en este caso, la verificación previa del adecuado manejo de los recursos públicos, mediante la ausencia de responsabilidad fiscal, para que puedan gestionar en debida forma los intereses generales encomendados por la sociedad [...].»

1.4.- Trámite impartido a la solicitud de desinvestidura y traslado a los sujetos procesales

El despacho sustanciador del proceso, mediante auto de 11 de mayo de 2018 – fol. 20 a 24, cuaderno principal 1 –, inadmitió la solicitud de desinvestidura por no cumplir con los requisitos previstos en los artículos 5° – literales b) y c) – y 8° de la Ley 1881 de 2018 y le concedió el término de diez (10) días para corregir los defectos advertidos.

En el citado auto se consideró que el solicitante no precisó cuál era la causal por la cual se pide la desinvestidura del demandado y, en consecuencia, tampoco procedió a explicarla debidamente, conforme lo exige el literal c) del artículo 5° de la Ley 1881 de 2018.

Lo anterior, toda vez que en los hechos de la demanda, refiere disposiciones del Código Disciplinario Único que establecen una inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado por haber sido hallado fiscalmente responsable y, posteriormente, esgrime que el congresista acusado estaría afectado por una de las prohibiciones previstas en el artículo 122 de la Carta Política, en particular, la consistente en no poder ser inscrito como candidato a cargos de elección popular si, con ocasión de una conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial, se ha dado lugar a que el Estado fuese condenado a una reparación patrimonial.

Esta imprecisión se acrecentó puesto que en el acápite que el solicitante denominó normas violadas y concepto de la violación de la solicitud, se manifestó que el acusado fue condenado, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, lo que, a su juicio, constituye violación al régimen de inhabilidades, a lo que se suma que, además de la pretensión de desinvestidura, solicitó la nulidad [total y parcial] de la Resolución núm. 1596 de 19 de julio de 2018, expedida por el Consejo Nacional Electoral, la cancelación de la credencial de Senador de la República y el llamamiento al candidato que seguía en orden para suplir la vacancia de la curul, pretensiones que no eran susceptibles de ser discutidas en este medio de control.

Agregó la providencia judicial que la solicitud había omitido acreditar que el acusado ostentaba la condición de congresista, exigencia impuesta por el literal b) del citado artículo 5° de la Ley 1881 de 2018, e igualmente, la copia de la demanda junto con sus anexos para efectuar la notificación al agente del Ministerio Público de acuerdo con lo normado por el artículo 166 del CPACA¹.

El solicitante, oportunamente, corrigió su solicitud y, como consecuencia de ello, el despacho sustanciador, mediante auto de 30 de abril de 2019 – fol. 73 a 80, cuaderno principal 1 –, la admitió y le informó al acusado que contaba con el

¹ «[...] ARTÍCULO 166. ANEXOS DE LA DEMANDA. A la demanda deberá acompañarse: [...] 5. Copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público [...].» Aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1881 de 2018.

término de cinco (5) días para referirse por escrito a la solicitud, así como aportar o pedir pruebas.

El congresista acusado, notificado personalmente del auto admisorio de la solicitud y enterado del contenido de la misma y de su corrección – fol. 90, cuaderno principal 1 –, por intermedio de su apoderado judicial, doctor Julio Cesar Ortiz Gutiérrez, se refirió a ella, en forma oportuna y mediante escrito de 14 de mayo de 2019 – fol. 128 a 159, cuaderno principal –.

1.5.- La intervención del acusado

El apoderado judicial del congresista acusado, mediante escrito de 14 de mayo de 2019, manifestó su oposición a las pretensiones formuladas.

En relación con los hechos relevantes de este juicio de desinvestidura, explicó que los hechos 6 y 7 no eran ciertos puesto que el acusado promovió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los siguientes actos administrativos proferidos por el Contralor de Bogotá en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal nro. 17000-0002/2012:

i).- El fallo nro. 1 de 27 de junio de 2016 en el que, junto con otras personas, se le declaró responsable fiscal en cuantía de doscientos diecisiete mil doscientos cuatro millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$217.204.847.989);

ii).- El auto de 27 de octubre de 2016 que resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la decisión anterior – confirmándola –;

iii).- La Resolución nro. 4501 de 29 de noviembre de 2016 que resolvió el recurso de apelación – confirmando la providencia apelada –.

Subrayó que estos actos administrativos están siendo cuestionados en el expediente nro. 25000-23-41-000-2017-00512-00, dentro del cual se profirió el auto de 3 de noviembre de 2017, resaltando que el magistrado sustanciador del proceso los suspendió provisionalmente, providencia que fue dejada sin efectos

por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante auto de 19 de noviembre de 2018.

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en obediencia a la citada decisión, profirió el auto de 1° de febrero de 2019 en el que, nuevamente, suspendió provisionalmente los efectos jurídicos de los actos demandados.

Frente a los hechos 11 y 12 planteó que en los certificados de antecedentes disciplinarios allí aludidos, se consignaron decisiones por parte de la Contraloría de Bogotá en las que se imputó una serie de responsabilidades fiscales que, en su concepto, son contrarias a las normas superiores en las que se han debido fundamentar y, en esa medida, están siendo cuestionadas ante esta jurisdicción, en los expedientes 25000-23-41-000-2019-00329-00 y 25000-23-41-000-2019-00371-00, que cursan en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera –.

Como razones de defensa, inicialmente, se detuvo a analizar la causal invocada, subrayando que tal y como se indicó en el auto de 30 de abril de 2019 – auto admisorio de la demanda – la única causal de pérdida de investidura a la que alude la solicitud es la prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Carta Política, consistente en haber incurrido en una de las inhabilidades establecidas en el inciso final del artículo 122 de la misma Carta Fundamental y, concretamente, porque *«[...] dio lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial [...]»*.

En ese contexto, consideró que no incurrió en la mencionada inhabilidad, al no cumplirse ninguno de los presupuestos normativos que se exigen para su configuración.

Explicó que no se configuran los ingredientes normativos de esa inhabilidad – inciso final del artículo 122 de la Constitución Política –, puesto que si bien está acreditada la condición de servidor público del acusado – Alcalde Mayor de Bogotá –, se aprecia que:

*«[...] las decisiones en las que se le imputa a mi defendido responsabilidades patrimoniales para con la Administración pública **no tienen carácter de sentencia ejecutoriada, pues son de naturaleza administrativa**, por lo que tal requisito constitucional no se cumple [...]» y, además, «[...] el último ingrediente normativo que prevé la inhabilidad alegada es que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, lo que no se ha probado en este caso, pero de antemano afirmo que no ha sucedido, por lo que esta exigencia tampoco se cumpliría [...]».*

Afirmó que la pretensión del solicitante de encuadrar el comportamiento denunciado dentro de la precitada inhabilidad vulnera el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades y afecta la prohibición de su creación por vía interpretativa o analógica.

Destacó que el artículo 40 de la Carta Fundamental elevó a rango constitucional el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, el cual se deriva del carácter democrático y participativo del Estado colombiano. Anotó que la eventual restricción de tales derechos está sometida al principio de legalidad, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad y, en esa medida, la solicitud de desinvestidura invita a la aplicación irrazonable de la norma que prevé la inhabilidad.

Posteriormente se refirió a la violación del párrafo 1° del artículo 38 del Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002 – puesto que en los hechos 11 y 12 de la solicitud de desinvestidura se menciona que el acusado estaría incurso en la inhabilidad prevista en la mencionada norma.

Indicó que el solicitante, tal como lo advirtió el consejero ponente de este proceso, delimitó la controversia al estudio de la causal prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Carta Fundamental, asociada al hecho de haber incurrido en la inhabilidad regulada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política.

Sin perjuicio de lo anterior, el apoderado judicial consideró que el congresista acusado tampoco se encontraría incurso en el supuesto previsto en el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, puesto que *«[...] los actos administrativos que lo declaran responsable fiscal y que se encuentran en el boletín de responsables fiscales, han sido oportunamente demandados y, por tal motivo, no se entienden ejecutoriados hasta tanto se decidan en forma definitiva las acciones de nulidad y restablecimiento interpuestas contra ellos [...]».*

Es así que cita el artículo 829 del Estatuto Tributario y la sentencia proferida por esta Corporación el 3 de agosto de 2016, para evidenciar que el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que sirve de fundamento al cobro coactivo impide que adquiera fuerza ejecutoria, situación que resulta especial frente a la regla común sobre la fuerza ejecutoria de los actos administrativos contenida en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo – en adelante CCA – y ahora en el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA –.

Por otro lado, destacó que «[...] *el mismo inciso final del artículo 122 de la Carta, que utiliza el demandante para plantear la presunta ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente que provoque la pérdida de investidura de mi cliente, por violación al régimen de inhabilidades, no solamente es una herramienta de depuración del ejercicio de la función pública, sino también contiene elementos de garantía del ejercicio de los derechos políticos, pues su redacción se acompasa con el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, **en cuanto condiciona la limitación de los derechos políticos a la existencia de una sentencia ejecutoriada** [...]» (negritas y resaltado fuera de texto).*

Mencionó que en aplicación de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – sin referenciarla – la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia de 21 de septiembre de 2011, proferida en el expediente 11001032800020100003900, resolvió denegar las pretensiones de una demanda de nulidad electoral presentada en contra de la elección del Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá para el período 2010-2014, Rafael Romero Piñeros, tras concluir que, en el sistema interamericano, la interpretación vigente es que el hecho inhabilitante lo genera una sentencia de carácter penal.

Además y para efectos del estudio del caso específico del senador de la República cuestionado, mencionó que en un caso similar al que aquí se decide, relacionado con la restricción de derechos políticos a partir de decisiones administrativas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le concedió medidas cautelares para suspender los efectos de las decisiones restrictivas y realizó unas recomendaciones al Estado Colombiano, pronunciamientos que deben ser

respetados – se refiere a la Resolución nro. 5/2014, Medida Cautelar nro. 374-13 proferida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –.

Indicó que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 15 de noviembre de 2017, expediente 11001032500020140036000, acogió los planteamientos de la sentencia C-028 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, *«[...] en cuanto permite la limitación de derechos políticos solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción [...].»*.

Anotó que, siguiendo la posición de esta Corporación, *«[...] el órgano de control, de carácter administrativo, en el caso que nos ocupa no tendrá competencia para restringir los derechos políticos de mi cliente, pues su investigación “no tuvo como causal la comprobación de hechos constitutivos de actos de corrupción en el presente caso, que, por lo demás, nunca le fue atribuido en los actos administrativo”, objeto de reproche en este proceso [...].»*.

1.6.- Trámite procesal

El despacho sustanciador del proceso, mediante auto de 20 de mayo de 2019 – fol. 161 a 164, cuaderno principal 1 –, decidió sobre la práctica de pruebas en este expediente y fijó para el día 14 de junio de 2019 – hora 8:30 a.m. – la realización de la audiencia prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018.

El solicitante, mediante oficio de 4 de junio de 2019 – fol. 202, cuaderno principal 2 –, pidió al despacho sustanciador de este proceso la suspensión de la audiencia fijada en el auto de 20 de mayo de 2019, solicitud que fue negada mediante auto de 6 de junio de 2019 – fol. 208, cuaderno principal 2 –.

El solicitante, en la oportunidad procesal correspondiente, interpuso el recurso de reposición en contra de la precitada decisión, la cual fue confirmada en el auto de 21 de junio de 2019 – fol. 229 a 231, cuaderno principal 2 –, en el que, además, se dispuso la realización de la audiencia prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018 para el 2 de julio de 2019, hora 11:00 a.m., hora que se trasladó a las 2:00 p.m., mediante auto de 28 de junio de 2019 – fol. 244, cuaderno principal 2 –.

1.7.- La audiencia pública prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018

El 2 de julio de 2019, se llevó a cabo la audiencia pública prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018, con presencia del solicitante, Carlos Manuel Alfaro Fonseca, así como del apoderado judicial del congresista acusado, Julio César Ortiz Gutiérrez, y del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado (E), Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi, como agente del Ministerio Público.

1.7.1.- La intervención del solicitante – Carlos Manuel Alfaro Fonseca

El señor Carlos Manuel Alfaro Fonseca, en su intervención – de la cual dejó resumen escrito – solicitó la nulidad parcial de la Resolución 1596 del 19 de julio de 2018, en relación con la credencial de Senador de la República que le fue entregada al acusado – del minuto 06:01 a 06:30, CD audiencia pública – y, en el escrito en el que resumió su intervención, solicitó *«[...] se decrete la pérdida de investidura del Honorable Senador Gustavo Petro de conformidad con el Artículo 183 de la Constitución Política Ley 1437 del 2011 [...]»*, .

Indicó que consideraba que el acusado estaba inmerso en la inhabilidad *«[...] contemplada en [el] artículo 122 de la Constitución Política y [que] la jurisprudencia señala que “no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular ni celebrar contratos con el Estado” quienes hayan dado lugar, como servidores públicos con su conducta dolosa o gravemente culposa, a que el Estado sea condenado patrimonialmente o a una afectación del patrimonio público. Queda corroborado con los Certificados de Antecedentes Disciplinarios ordinario y Especial y los Antecedentes de Responsabilidad Fiscal [...]»*, citando, posteriormente, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Insistió en que es de público conocimiento que el acusado fue sancionado por la Contraloría de Bogotá a pagar la suma de doscientos diecisiete mil millones de pesos que no han sido cancelados por él, *«[...] encontrándose en firme la sentencia. Esta circunstancia da lugar, a que se configure una causal de inhabilidad legal que es la consagrada en el Artículo 38 numeral 4 parágrafo 1 de la Ley 734 de 2002 vigente [...]»*, sin que pueda alegar que las circunstancias en la que actuó lo excluyen de responsabilidad por presumirse su buena fe, que logró

alcanzar más de ocho millones de votos en las elecciones a la Presidencia de la República, o que operó la fuerza mayor o el caso fortuito.

Destacó que el numeral 1° del artículo 179 de la Constitución Política *«[...] fue complementado por el Acto Legislativo N° 1 de 2009 y sus desarrollo legal (sic) se dio en el artículo 38 numeral 4 párrafo 1 de la Ley 734 de 2002, en consideración a que el Congresista es un servidor público [...].»*, indicando que es innegable que el acusado, para la fecha de su elección y como lo acreditan los certificados de antecedentes disciplinarios y de responsabilidad fiscal, se hallaba incurso en la inhabilidad regulada en las normas precitadas.

En ese sentido reiteró que el acusado incurrió en la conducta descrita en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política – modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2019 –, pues así lo muestra el correspondiente certificado de responsabilidad fiscal de 1 de julio de 2019 – el cual adjunta –, agregando que el fundamento jurídico del proceso de responsabilidad fiscal es *«[...] esencialmente administrativo, de carácter patrimonial y resarcitorio, y cuya finalidad y razón de ser, es el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular que se concreta mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal [...].»* y que es la Procuraduría General de la Nación la que *«[...] impone las sanciones para una inhabilidad [...].»*

Manifestó que el Senador acusado en los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, si quería revivir sus derechos políticos de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política, tenía la posibilidad de acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el CPACA, como en efecto lo hizo, dando inicio al proceso identificado con el número de expediente 250002341000 2017 00512 01, en el que se profirió el auto de 19 de noviembre de 2018 por parte del Consejero de Estado Oswaldo Giraldo López, que resolvió dejar sin efectos el auto de 3 de noviembre de 2017 dictado por el Magistrado de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Oscar Dimaté Cárdenas – en el que se decretó la suspensión provisional de los actos allí enjuiciados – lo que indica *«[...] sigue vigente la sanción de responsabilidad fiscal en contra del acá accionado [...].»*

1.7.2.- La intervención del agente del Ministerio Público

El Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado (E), en su intervención – de la cual dejó resumen escrito – solicitó denegar la pretensión de pérdida de investidura.

Inicialmente se refirió a la solicitud de desinvestidura y su corrección señalando que si bien no fueron lo suficientemente precisas en cuanto a la causal invocada y las razones por las cuales se considera el congresista acusado había incurrido en ella, el consejero de estado sustanciador del proceso judicial, en el auto que admitió la solicitud *«[...] dedujo y precisó textualmente que “el solicitante le endilga al congresista Gustavo Francisco Petro Urrego, la violación del régimen de inhabilidades, causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, por haber incurrido en una de las inhabilidades establecidas en el artículo 122 de la misma Carta – inciso final modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –, encontrándose cumplido el requisito de expresar la causal por la cual se solicita la desinvestidura [...]»*, por lo que emitiría su concepto exclusivamente respecto de la causal así delimitada.

Explicó, entonces, que en el presente asunto se censuraba el hecho consistente en que el acusado se hubiese posesionado el 20 de julio de 2018 como Senador de la República, a pesar de que pesaba en su contra un fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría de Bogotá, en el que se le había impuesto *«[...] una multa [...]»* por la suma de \$217.000.000.000, la que fue adoptada en providencia de 27 de junio de 2016 y confirmada en el auto de 27 de octubre de 2016 – resuelve recurso de reposición – y en la Resolución 4501 de 29 de noviembre de 2016 – resuelve recurso de apelación –.

Realizando la confrontación entre el argumento anterior y el artículo 122 de la Carta Política, encontró: i) que el fallo de responsabilidad fiscal no podía asimilarse a una condena por un delito que afectara el patrimonio público; ii) que no obraba la providencia judicial que demostrara que por acción u omisión del acusado se hubiera emitido una condena en contra el Estado y, por ello, tampoco se podía determinar la existencia de una conducta suya realizada con dolo o culpa grave; y iii) que no obraba en el expediente un antecedente penal específico del acusado en el que constara una condena por delitos de pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico.

Agregó que si se revisaba la fecha en que el acusado se había posesionado como Senador de la República, se podía advertir que «[...] *el fallo de responsabilidad fiscal en el que se soporta la solicitud de pérdida de investidura se encontraba suspendido en sus efectos jurídicos [...]*» por decisión adoptada el 3 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado en contra de los actos administrativos emitidos por la Contraloría de Bogotá.

Anotó que si bien dicha suspensión provisional fue revocada por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante auto de 19 de noviembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante decisión judicial del 1° de febrero de 2019, emitió nuevamente la medida cautelar solicitada por el actor – aquí acusado –, corrigiendo el yerro en el que incurrió y que fue motivo central de la revocatoria del auto de 3 de noviembre de 2017.

Finalmente subrayó que la demanda menciona la existencia de otros dos procesos de responsabilidad fiscal que estaría vigente para el momento de presentarse la solicitud de desinvestidura, poniendo de presente, en primer lugar, que de acuerdo con el certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación allegado al plenario, la inhabilidad generada por dichas determinaciones comenzó a producir efectos a partir del 20 de noviembre de 2018, esto es, cuando el acusado ya fungía como Senador de la República; y en segundo lugar que «[...] *es claro que en este caso no se solicitó la pérdida de investidura con base en la inhabilidad sobreviniente contenida en el parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 [...]*».

1.7.3.- La intervención del apoderado judicial de congresista acusado – Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

El apoderado judicial del congresista acusado en su intervención – de la cual dejó resumen escrito – solicitó denegar la pretensión de pérdida de investidura por considerar que no se encuentran acreditados los presupuestos normativos necesarios para configurar la causal invocada.

Al respecto explicó que si bien las decisiones administrativas en las que se encontró responsable fiscal al acusado fueron emitidas tras considerar su calidad de servidor público, lo cierto es que las mismas no son sentencias judiciales.

Es así que no demostró la existencia de una sentencia ejecutoriada en la cual el Estado hubiera sido condenado a una reparación patrimonial como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, imputable al acusado, comoquiera que los fallos de responsabilidad fiscal son actos administrativos emitidos por una autoridad administrativa que no ejerce funciones jurisdiccionales.

Manifestó en este sentido, que no resulta posible la extensión de la inhabilidad alegada, asimilando las decisiones de carácter administrativo a sentencias judiciales, puesto que se quebrantaría el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades.

Hizo referencia a la violación del párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 que se menciona en los hechos 11 y 12 de la solicitud de desinvestidura destacando, en primer lugar, que *«[...] al identificarse la causal invocada y los fundamentos de derecho, esta no se menciona, tal como lo advirtió el magistrado ponente en el Auto de abril 30 de 2019 [...]»*.

En segundo lugar, consideró que tampoco se encuentra configurada la violación de ese artículo toda vez que los actos administrativos que declaran responsable fiscalmente al acusado, fueron oportunamente demandados ante esta jurisdicción y, en esa medida, no se entienden ejecutoriados hasta que se decidan en forma definitiva los procesos judiciales presentados para discutir su legalidad en los términos del artículo 829 del Estatuto Tributario, aplicable por así disponerlo, en su concepto, el artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpretación que ha sido acogida en decisiones judiciales proferidas por el Juzgado 42 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³ y el Consejo de Estado⁴.

En tal sentido, expresó que los actos administrativos adoptados en los procesos de responsabilidad fiscal 1700000-002/12, 1700000-001/16 y 1700000-022/13 que cursaban en la Contraloría de Bogotá en contra del congresista acusado, están siendo discutidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, concretamente en los procesos judiciales identificados con los números de

² Sentencia de 18 de junio de 2019 – sin referencia –.

³ Sentencia de 11 de octubre de 2018, Expediente 11001333739-2016-00262-00.

⁴ Sentencia de 29 de abril de 2019 de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado – sin referencia –.

expediente 250002341000 2017 00512 00, 250002341000 2019 00371 00 y 250002341000 2019 00329 00 respectivamente, por lo que las sanciones derivadas de pronunciamientos que dedujeron responsabilidad fiscal en contra de su defendido, aun no se encuentran ejecutoriadas.

II.- CONSIDERACIONES

II.1.- Competencia

La Sala Especial de Decisión nro. 20 del Consejo de Estado es competente para conocer, en primera instancia, de la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República para el período 2018-2022, Gustavo Francisco Petro Urrego, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237-5 de la Carta Política y del artículo 2° de la Ley 1881 de 2018.

II.2.- La condición de congresista del acusado, Gustavo Francisco Petro Urrego

De acuerdo con el literal b) del artículo 5° de la Ley 1881 de 2018, cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, la misma debe contener *«[...] b) Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional [...]»*.

Para acreditar tal condición fue allegada una certificación identificada con el número de radicación SGE-CS-1711-2019 de 21 de mayo de 2019, expedida por el Secretario General del Senado de la República, Gregorio Eljach Pacheco – fol. 195, cuaderno principal 1 –, en la que manifiesta:

«[...] Que el doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, con cédula de ciudadanía No. 208.079; según Credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral, fue declarado elegido Senador de la República para el periodos constitucionales (sic) 2018-2022 [...] Se posesionó en sesión inaugural de Congreso Pleno del veinte de julio de dos mil diez y ocho (20-VII-2018), como consta en Acta 01 de la misma fecha; publicada en la edición de Gaceta del Congreso – Año XXVII – No. 638 (viernes, 31 de agosto de 2018); en la actualidad asiste y ejerce funciones [...]».

II.3.- El problema jurídico

El problema jurídico que debe abordar la Sala se contrae a establecer si el congresista acusado, Gustavo Francisco Petro Urrego, debe ser despojado de su investidura de congresista por haber violado, según la solicitud, el régimen de inhabilidades previsto para los congresistas, causal de pérdida de investidura para estos servidores públicos por así disponerlo el numeral 1° del artículo 183 de la Carta Política, tras haber incurrido en la prohibición prevista en el artículo 122 de la Constitución Política – inciso 5° modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –, consistente en que no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido, quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

II.4.- Precisión de la causal de pérdida de investidura alegada que se le atribuye al acusado

La Sala advierte que estudiará el asunto de conformidad con el contenido del artículo 281 del Código General del Proceso – en adelante CGP –, esto es, en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos por el solicitante, artículo aplicable a la presente controversia por disposición del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018

Al respecto y de acuerdo con el numeral c) del artículo 5° de la Ley 1881 de 2018, la solicitud de desinvestidura presentada por un ciudadano debe reunir dos requisitos, a saber: i) la expresión de la causal y ii) la – debida – explicación de las razones por las cuales se considera que el congresista ha incurrido en ella.

Siguiendo este parámetro normativo y producto de la inadmisión de la demanda mediante el auto de 11 de marzo de 2019, el solicitante corrigió su solicitud y precisó la causal de pérdida de investidura que le atribuía al acusado en los siguientes términos:

«[...] II.1.- Incumplimiento del requisito previsto en el literal c) del artículo 5° de la ley 1881 de 2018 [...] Como inhabilidad, encontramos que el Señor Gustavo Francisco Petro Urrego [...] está incurso contemplada (sic) en artículo 122 (sic) de la Constitución Política y la jurisprudencia señalan que “no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular ni celebrar contratos con el Estado” quienes hayan dado lugar, como servidores públicos con su conducta dolosa o

gravemente culposa, a que el Estado sea condenado patrimonialmente o a una afectación del patrimonio público [...]» - fol. 43 a 47, cuaderno principal 1.

El solicitante, además, en el acápite «[...] *DEBIDA EXPLICACIÓN* [...]» de la corrección de la demanda, expuso las razones por las cuales consideraba que el acusado había incurrido en aquella prohibición.

El despacho sustanciador del proceso, en el auto de 30 de abril de 2019 – auto admisorio de la solicitud –, encontró cumplidos los precitados requisitos de la solicitud de desinvestidura, y en lo atinente a la causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante, concluyó lo siguiente:

«[...] el solicitante le endilga al congresista Gustavo Francisco Petro Urrego, la violación de inhabilidades, causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, por haber incurrido en una de las inhabilidades establecidas en el artículo 122 de la misma Carta – inciso final modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –, encontrándose cumplido el requisito de expresar la causal por la cual se solicita la desinvestidura del acusado [...] Además, el solicitante explicó por qué considera que el congresista acusado incurrió en la inhabilidad mencionada – inciso final del artículo 122 Constitucional, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –, en el acápite que denominó [...]» DEBIDA EXPLICACIÓN [...]» y que fuera transcrito, en sus partes más importantes, líneas atrás, por lo que igualmente se encuentra cumplido el requisito consistente en exponer las razones por las cuales considera que aquel violó el régimen de inhabilidades, causal de pérdida de investidura conforme el numeral 1° del artículo 183 de la C.P. [...]»

Frente a dicho pronunciamiento, el solicitante se abstuvo de interponer los recursos procedentes, motivo por el cual la Sala estudiará la controversia de acuerdo con los parámetros anteriores.

Al respecto cabe mencionar, tal y como lo observó el agente del Ministerio Público que interviene en este proceso judicial, «[...] *no se solicitó la pérdida de investidura con base en la inhabilidad sobreviniente contenida en el parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 [...]»* –fol. 271, cuaderno principal 2 – sino que tal argumento «[...] *fue presentado apenas como un relato de la situación jurídica de dicha persona al momento de presentar la solicitud de pérdida de investidura [...]»* - intervención en la audiencia pública, cd fol. 289 cuaderno principal 2 –, lo cual puede ser verificado en los hechos 8, 11 y 12 de la solicitud de desinvestidura.

II.5.- El juicio de desinvestidura a partir de la Ley 1881 de 2018

Para efectos de desatar el problema jurídico, debe tenerse en cuenta que el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 concibe la pérdida de investidura como un proceso de carácter sancionatorio en el que se realiza un juicio de responsabilidad subjetivo.

Lo anterior quiere indicar que para efectos de establecer si un congresista incurrió en las causales que se le imputan, se requiere analizar, inicialmente, la tipicidad de la conducta, que implica establecer si los hechos invocados en la solicitud y que se le atribuyen al servidor público se adecúan a la causal endilgada.

Pero dicho análisis no resulta suficiente para despojar de la investidura a los congresistas en la medida en que se requiere, adicionalmente y en caso de que se encuentre que la conducta del congresista acusado se adecúa a la causal de pérdida de investidura que se le atribuye – tipicidad –, evaluar si aquel actuó en forma dolosa o culposa – culpabilidad –.

II.6.- Análisis de la tipicidad de la conducta de que se le atribuye al acusado

II.6.1.- La causal de desinvestidura que se le atribuye al Senador de la República, Gustavo Francisco Petro Urrego

La causal de desinvestidura que se le atribuye al congresista acusado, como se subrayó anteriormente, es la violación del régimen de inhabilidades – numeral 1° del artículo 183 de la Carta Política –, por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política – modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2019 – que al tenor establece:

*«[...] <Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular,** ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados*

ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

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

II.6.2.- La configuración de la causal de desinvestidura prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Carta Política – modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2019

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha considerado que para que se configure la mencionada inhabilidad, es necesario que concurren los siguientes elementos: «[...] (i) que el Estado haya sido condenado patrimonialmente, y (ii) que dicha condena patrimonial se predique de la conducta de un servidor público, calificada como dolosa o gravemente culposa por una sentencia judicial ejecutoriada [...]»⁵.

II.6.3.- Las pruebas allegadas al expediente para acreditar los elementos necesarios para la configuración de la causal de desinvestidura prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política – modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2019

La acreditación de los elementos para la configuración de la inhabilidad precitada parten de la existencia de una sentencia judicial ejecutoriada en la que, en primer lugar, el Estado haya sido condenado patrimonialmente y, en segundo lugar, se indique que esa condena patrimonial es imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público.

La Sala debe mencionar que el solicitante, en los hechos de la solicitud y en la corrección de la misma, sustentó la inhabilidad en la existencia de unos procesos de responsabilidad fiscal tramitados por la Contraloría de Bogotá y en los cuales el congresista acusado habría sido encontrado responsable fiscalmente. En efecto, el solicitante menciona que:

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI). Actor: EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ. Demandado: VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS.

«[...] DE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA INVOCADA [...] En esencia, el ex Alcalde de Bogotá tiene tres decisiones en su contra tomadas por la Contraloría de Bogotá y que hacen referencia a decisiones de su Alcaldía (2012-2015) que, según el ente de control, le costaron a la ciudad más de 300 mil millones de pesos. Dos de ellas tienen que ver con la polémica decisión de Petro sobre el servicio de aseo en Bogotá y la otra, con bajar la tarifa de TransMilenio en horas valle, que según los procesos fue tomada sin los necesarios estudios técnicos y que le costó a la ciudad 217 mil millones de pesos. La Contraloría dice que, como Alcalde Mayor, Petro es responsable de esos daños patrimoniales y que debe responder por lo perdido [...]» - fol. 5, cuaderno principal 1 –.

Manifestó, igualmente, como hechos de la solicitud, que en los certificados de antecedentes disciplinarios números 12134084452 de 4 de marzo de 2019 – ordinario – y 1213408714 – especial – de 4 de marzo de 2019, expedidos por la Procuraduría General de la Nación, se podía constatar que el congresista acusado había sido *«[...] condenado en Tres (3) Procesos, a dos folios, e Inhabilitado para Desempeñar cargo Público según el artículo 38 PAR de la Ley 734 de 2002 hasta el 19 de Noviembre de 2023 por un Proceso de Responsabilidad Fiscal [...]»* – fol. 3, cuaderno principal 1 –, documentos a los cuales nuevamente hizo referencia en la corrección de la solicitud – fol.44, cuaderno principal 1 – y que reposan en el expediente – fol. 13 a 16, cuaderno principal –.

Adicionalmente, se acompañó a la solicitud de desinvestidura, un certificado de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, expedido el 4 de marzo de 2019, en el que consta que, una vez consultado el Sistema de Información del Boletín de Responsables Fiscales – SIBOR –, el acusado se encontraba reportado por la Contraloría de Bogotá, en 3 procesos de responsabilidad fiscal – fol. 35 y 36, cuaderno principal 1 –.

Ahora bien, el despacho sustanciador del proceso, en el auto de 20 de mayo de 2019, ordenó oficiar a la Contraloría de Bogotá a fin de que remitiera a este proceso una certificación respecto de los procesos de responsabilidad fiscal que se seguían en contra del congresista acusado, relacionados con el certificado de la Contraloría General de la República referenciado anteriormente, allegando copias de las decisiones respectivas y sus constancias de notificación y ejecutoria.

La Contraloría de Bogotá, mediante oficio 170000-13703 de 23 de mayo de 2019, expedido por el Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, Fabio

Rojas Salcedo, certificó la existencia de los siguientes procesos de responsabilidad fiscal – fol. 197 a 199 (2 CD), cuaderno principal 1 –, en los que se encontró responsable fiscal al acusado:

i).- **PRF 170000-0002-2013** / Procedimiento Ordinario por la compra sobredimensionada y/o innecesaria de maquinaria (Vehículos – Barredoras) EAAB - ESP:

En este proceso de responsabilidad fiscal se dictó el fallo núm. 2 con Responsabilidad Fiscal de 20 de octubre de 2017, en forma solidaria, en contra de Gustavo Francisco Petro Urrego y Diego Fernando Bravo Borda, en cuantía de \$40.545.975.545 – fol.199 (CD), cuaderno principal 1⁶.

En contra de esa decisión se presentaron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron desatados mediante el auto de 12 de octubre de 2018 – recurso de reposición – y la Resolución 2697 de 16 de noviembre de 2018 – recurso de apelación –, confirmando parcialmente la decisión discutida⁷. El 20 de noviembre de 2018 se expidió constancia de ejecutoria⁸.

ii).- **PRF 170000-0001-2016** / Procedimiento Ordinario Multa SIC:

En este proceso de responsabilidad fiscal se dictó el fallo núm. 3 con Responsabilidad Fiscal de 20 de octubre de 2017: «[...] *En el Artículo primero del resuelve se emitió fallo con responsabilidad fiscal en forma solidaria en cuantía de \$75.483.476.342 en contra de Gustavo Francisco Petro, Alberto José Merlano Alcocer, Diego Fernando Bravo, María Mercedes Maldonado Copello y José Orlando Rodríguez Guerrero [...] En el Artículo segundo, se emitió fallo con responsabilidad fiscal de manera solidaria en cuantía de \$22.170.697.778 contra Gustavo Francisco Petro Urrego, Nelly Mogollón Montañez y Henry Romero Trujillo [...]» – Fol. 199 (CD), cuaderno principal 1 – ⁹.*

⁶ Archivo Fallo 02(1).pdf

⁷ Fol. 199 (CD), cuaderno principal 1. Archivos Auto por el cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra el fallo No. 2.pdf y Resolución No. 2697 del 16-11-2018 – Por el cual se deciden recursos de apelación.pdf.

⁸ Fol. 199 (CD), cuaderno principal 1. Pág. 51 del archivo Resolución No. 2697 del 16-11-2018 – Por el cual se deciden recursos de apelación.pdf

⁹ Archivo Fallo 03 2017.pdf

En contra de esa decisión se presentaron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron desatados mediante el auto de 12 de octubre de 2018 – recurso de reposición – y la Resolución 2698 de 16 de noviembre de 2018 – surte grado jurisdiccional de consulta y resuelve apelación –, confirmando parcialmente la decisión discutida¹⁰. El 20 de noviembre de 2018 se expidió constancia de ejecutoria¹¹.

En el mencionado auto de 20 de mayo de 2019, igualmente, se ordenó oficiar a la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con la finalidad de que emitiera certificación en relación con la existencia de los procesos judiciales relacionados por el acusado en la contestación a la solicitud de desinvestidura.

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante oficio de 21 de mayo de 2019, expedido por la secretaria de esa sección – fol. 186 a 194, cuaderno principal 1 –, certificó la existencia de tres (3) procesos judiciales y la información de su estado actual, así:

i).- Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – **expediente 250002341000 2017-00512 00**, cuya parte demandante es Gustavo Francisco Petro Urrego y la parte demandada es la Contraloría de Bogotá.

En este medio de control se discute la legalidad de las decisiones proferidas por la Contraloría de Bogotá en el **proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12**, esto es, el fallo de primera instancia núm. 1 de 27 de junio de 2016, el acto administrativo de 27 de octubre de 2016 y la Resolución núm. 4501 de 29 de noviembre de 2016. En la certificación se reporta que el estado actual del mismo es el siguiente:

«[...] mediante providencia de fecha 1 de febrero de 2019, se decidió la medida cautelar propuesta por la parte actora en el proceso certificado, decisión que fue objeto de recurso de apelación por la parte demandada,alzada que fue concedida por el despacho en proveído fechado 25 de febrero de 2019, siendo enviado el 4 de marzo de 2019 el cuaderno de medida cautelar al Consejo de Estado con oficio No.YFMC/OFI/19/0111 [...]» - fol. 187 y 192, cuaderno principal 1 –.

¹⁰ Fol. 199 (CD), cuaderno principal 1. Archivos auto_12oct_01-16.pdf y Res2698_Resuelve Rec de Apelación_01-16.pdf

¹¹ Fol. 199 (CD), cuaderno principal 1. Pág. 74 del archivo Res2698_Resuelve Rec de Apelación_01-16.pdf

ii).- Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – **expediente 250002341000 2019-00371 00**, cuya parte demandante está integrada por Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón y la parte demandada es la Contraloría de Bogotá.

En este medio de control se discute la legalidad de las decisiones adoptadas en el **proceso de responsabilidad fiscal 1700000-001/16**, esto es, el fallo con responsabilidad fiscal núm. 03 de 20 de octubre de 2017, el auto de 12 de octubre de 2018 y la Resolución núm. 2698 de 16 de noviembre de 2018. En la certificación se reporta que el estado actual del mismo es el siguiente:

«[...] Al despacho del Magistrado Ponente DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS por reparto de fecha 3 de mayo de 2019 [...] De otro lado, se advierte que se presentó por el apoderado judicial de la parte actora, en escrito separado solicitud de medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, la cual se encuentra al despacho para proveer [...]» - fol. 188 vuelto y 193 vuelto, cuaderno principal 1 –.

iii).- Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – **expediente 250002341000 2019-00329 00**, cuya parte demandante es Gustavo Francisco Petro Urrego y la parte demandada es la Contraloría de Bogotá.

En este medio de control se discute la legalidad de las decisiones adoptadas en el **proceso de responsabilidad fiscal 1700000-002/13**, esto es, el fallo con responsabilidad fiscal núm. 02 de 20 de octubre de 2017, el auto de 12 de octubre de 2018 y la Resolución núm. 2697 de 16 de noviembre de 2018. En la certificación se reporta que el estado actual del mismo es el siguiente:

«[...] Al despacho del Magistrado Ponente DR. FREDY IBARRA MARTÍNEZ por reparto de fecha 12 de mayo de 2019 [...] De otro lado, se advierte que se presentó por el apoderado judicial de la parte actora, en escrito separado solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados, la cual se encuentra al despacho para proveer [...]» - fol. 189 vuelto y 194 vuelto, cuaderno principal 1 –.

Del recaudo probatorio realizado, resulta evidente la existencia de unas decisiones adoptadas en procesos de responsabilidad fiscal en las que se ha encontrado responsable fiscal al congresista acusado, Gustavo Francisco Petro Urrego.

Sin embargo, tales pronunciamientos tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, conforme con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000¹² y los pronunciamientos judiciales de la Corporación en los que se indica que «[...] *los fallos con responsabilidad fiscal son actos administrativos susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]*»¹³, lo que significa que no tienen la connotación de providencias o decisiones judiciales, aspecto medular de la inhabilidad regulada en el artículo 122 de la Carta Política – inciso 5° por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –.

Finalmente, la Sala no quiere pasar por alto que pretender incorporar al análisis de la inhabilidad que se le atribuye al congresista acusado – relacionada con el inciso 5° del artículo 122 de la Carta Política, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 –, lo concerniente al parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, conllevaría a una interpretación extensiva de la inhabilidad que se estudia en este proceso de pérdida de investidura. Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha señalado que «[...] *La consagración de las inhabilidades para ser elegido a los cargos de representación popular, en cuanto conllevan restricciones al derecho a elegir y ser elegido, **debe ser expresa, al tiempo que su interpretación no admite aplicación extensiva o analógica** [...]*»¹⁴.

En este contexto, resulta medular para la configuración de la inhabilidad que se estudia, la existencia de una sentencia judicial ejecutoriada, no obstante, el solicitante pretende, con la aplicación de la norma precitada –parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 – otorgarle esa naturaleza a decisiones que tienen una naturaleza diferente, como lo son los fallos con responsabilidad fiscal, que son actos administrativos susceptibles de ser discutidos en esta jurisdicción, interpretación extensiva que no se encuentra permitida.

¹² «[...] **ARTICULO 59. IMPUGNACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme [...]*».

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá, D. C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02892-02. Actor: JESÚS MARÍA RÚA ARIAS. Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Referencia: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI).

II.7.- Conclusiones

II.7.1.- La Sala, en consecuencia, considera que no fueron acreditados los elementos que deben estar presentes para la configuración de la inhabilidad regulada en el artículo 122 de la Constitución Política – inciso 5° modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009 – que se le atribuye al acusado, por lo que no está probada, entonces, la violación al régimen de inhabilidades de los congresistas, causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política.

II.7.2.- Por otro lado, no puede dejar de advertir que el solicitante, además de la pretensión de desinvestidura, solicitó la nulidad parcial de la Resolución núm. 1596 del 19 de julio de 2018¹⁵, expedida por el Consejo Nacional Electoral, pretensión que no se adecúa al objeto del medio de control de pérdida de investidura y, en esa medida, se inhibirá de pronunciarse en relación con ella, en la medida en que esta pretensión ha debido ventilarse por los cauces del medio de control de nulidad electoral – artículo 139 de la CPACA –.

II.7.3.- Finalmente, debe resaltar que la decisión o decisiones judiciales que pongan fin a esta controversia harán tránsito a cosa juzgada, únicamente, en lo relacionado con la *causa petendi* que originó la solicitud de pérdida de investidura, esto es, frente a los motivos que tuvo el solicitante en el expediente para pedir a esta Corporación un pronunciamiento judicial, los cuales surgen de los hechos de la solicitud y de la causal de desinvestidura invocada – artículos 122 inciso 5° y 183 numeral 1° de la Carta Política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Especial de Pérdida de Investidura nro. 20, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: INHIBIRSE de emitir pronunciamiento en relación con la pretensión de nulidad parcial de la Resolución núm. 1596 del 19 de julio de 2018, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

¹⁵ «[...] Por medio de la cual se declara la elección de Senador de la República, se asignan unas curules para el período 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales [...]».

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de desinvestidura presentada por el ciudadano Carlos Manuel Alfaro Fonseca, en contra del Senador de la República para el período 2018-2020, Gustavo Francisco Petro Urrego.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión al Presidente del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero de Estado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Consejero de Estado