

RECURSO DE APELACIÓN - Contra la decisión de decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los fallos con responsabilidad fiscal del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Presunción de dolo y culpa grave con fundamento en la Ley 678 de 2001 que regula la acción o el medio de control de repetición / VACÍO NORMATIVO EN LA LEY 1474 DE 2011 – Debe llenarse aplicando las disposiciones de la Ley 610 de 2000 / VACÍO NORMATIVO EN LA LEY 1474 DE 2011 – Debe llenarse aplicando las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Dada su naturaleza administrativa, las normas del procedimiento administrativo general serán las aplicables para llenar los vacíos de las normas especiales / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DE LA LEY 1437 DE 2011 – No desarrolla ni hace referencia a presunciones ni a situaciones constitutivas de dolo o culpa grave / VACÍO NORMATIVO EN PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR RESPONSABILIDAD FISCAL – No resulta viable el traslado de conceptos ni normas del medio de control de repetición / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Aplicación indebida de las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Vulneración por inaplicación del principio de legalidad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procedencia

La Sala puede colegir, de la conexión entre lo expuesto en el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017 – en el que se indica que “(...) Es valedero tener en cuenta, las presunciones de dolo y culpa grave del agente público, según la ley 678 de 2001 (...)” – y la intervención de la Contraloría de Bogotá con ocasión de la solicitud de la medida cautelar, que el ente de control fiscal sí empleó el inciso primero del artículo 6° de dicha ley para efectos de encuadrar la conducta de aquel en ese grado de culpabilidad – culpa grave – por encontrarse en el supuesto que allí se regula consistente en que “(...) La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones (...)”. Nótese que el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017 al hacer referencia a los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, aunque no cita los apartes relacionados con las presunciones de dolo y de culpa grave, efectivamente menciona los primeros apartes de dichas disposiciones en los que se indica cuándo una conducta es dolosa y gravemente culposa. Conforme con lo expuesto, está acreditado que la misma Contraloría de Bogotá empleó el artículo 6° de la Ley 678 de 2001 para el análisis de la conducta del demandante en el proceso de responsabilidad fiscal, y tal utilización, en criterio de esta Sala, no resultaba viable jurídicamente. [...] El artículo 105 de la Ley 1474 de 2011 – norma que es enunciada por la parte demandada como sustento de la remisión al artículo 66 de la Ley 610 de 2000 – hace parte de las disposiciones aplicables al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal regulado en esa ley – Ley 1474 de 2011 –. Esta norma señala que: “(...) En los aspectos no previstos en la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal establecido en la presente ley (...)”. Significa lo anterior que los vacíos que se presenten en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal – regulado en la Ley 1474 de 2011 – deben ser llenados con la aplicación de la Ley 610 de 2000. En igual sentido, la Ley 610 de 2000 también prevé la remisión a otras fuentes normativas en el artículo 66 [...] De manera que el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 prevé que el Código Contencioso Administrativo – hoy CPACA – es la primera normatividad de remisión para llenar los vacíos de los procedimientos ordinario y verbal de responsabilidad fiscal – en este último procedimiento, en caso de que la Ley 610 de 2000 no plantee una solución al vacío que eventualmente se presente en la aplicación de la Ley 1474 de 2011, puesto de acuerdo con el artículo 105 de esta última ley, en los aspectos

no previstos se aplicará la Ley 610 de 2000. 116.- Para la Sala, atendiendo el hecho consistente en que los procedimientos ordinario y verbal de responsabilidad fiscal, como se indicó líneas atrás, tienen una naturaleza administrativa, es claro que las normas del procedimiento administrativo general regulado en el CPACA – Parte Primera – serán, entonces, las que servirán para llenar los vacíos que presenten las normas especiales – La Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 –, en tanto son aquellas las que son “(...) compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal (...)”. [...] Con fundamento en la anterior premisa, y luego de revisar el procedimiento administrativo general regulado en el CPACA, se encuentra que ninguna de las normas que lo desarrollan hace referencia a presunciones ni a situaciones constitutivas de dolo o culpa grave. [...] Siendo así las cosas, no resulta viable el traslado de conceptos ni de instituciones propias del medio de control de repetición a la responsabilidad fiscal, en tanto que la Ley 1474 de 2011 no estableció situaciones constitutivas de dolo y culpa grave en materia de prestación de servicios públicos –temática abordada en los actos acusados– y, además, las figuras jurídicas que allí se regulan resultan ser especiales frente a la naturaleza y particularidades de la responsabilidad fiscal, lo que significa que, de lo analizado hasta este momento del proceso, los actos administrativos acusados incurrieron en la aplicación indebida de la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, igualmente, genera una violación del debido proceso administrativo – artículo 29 de la C.P. – en tanto la autoridad administrativa ha debido observar el principio de legalidad, esto es, someterse en el ejercicio del poder público al procedimiento regulado en el ordenamiento previamente en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, lo que implica que, en este específico aspecto, la Contraloría de Bogotá excedió el ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente le están asignadas – artículo 6° y 121 de la C.P. –.

ACCIÓN DE REPETICIÓN – Naturaleza jurídica / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Naturaleza jurídica / ACCIÓN DE REPETICIÓN Y PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Diferencias / ACCIÓN DE REPETICIÓN Y PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Similitudes

[E]s posible establecer las siguientes similitudes entre el medio de control de repetición y el procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal: i) ambos mecanismos buscan la protección del patrimonio económico del Estado; ii) en ambos casos, se ve comprometida la responsabilidad patrimonial de servidores públicos o de particulares con funciones públicas; iii) ambas actuaciones tienen carácter reparatorio o resarcitorio y, en esa medida, no son de naturaleza sancionatoria; iv) ambas figuras exigen el análisis subjetivo de la conducta y se requiere, en ambas actuaciones, de la acreditación del dolo o la culpa grave del sujeto pasivo; y v) tanto la repetición como el procedimiento de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos e independientes. En cuanto a las diferencias existentes entre estas dos figuras, se resaltan las siguientes: El medio de control de repetición y el procedimiento de responsabilidad fiscal constituyen modalidades diferentes de responsabilidad. [...] Sumado a lo anterior, resulta evidente que las dos figuras se encuentran reguladas en normas distintas, esto es, el medio de control de repetición en la Ley 678 de 2001 y la responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000. Mientras el medio de control de repetición se tramita ante los jueces de esta jurisdicción – jueces de lo contencioso administrativo –, el proceso de responsabilidad fiscal se tramita ante autoridades administrativas.

RECURSO DE APELACIÓN - Contra la decisión de decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los fallos con responsabilidad fiscal del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Presunción de dolo y culpa grave con fundamento en la Ley 678 de 2001 que regula la acción o el medio de control

de repetición / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Aplicación indebida de las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 / DERECHOS POLÍTICOS / DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO – Limitación / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto de los fallos con responsabilidad fiscal del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego, como integrante de la junta directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB

Esta Sección, adicionalmente, quiere advertir sobre los efectos que la aplicación de los actos administrativos acusados puede tener en los derechos políticos del ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego. Si bien es cierto, como lo expresa la Contraloría de Bogotá y se ha expuesto en esta providencia, que la responsabilidad fiscal es patrimonial y no sancionatoria y que los actos administrativos, en consecuencia, no establecen limitación alguna a los derechos políticos del demandante, en particular el derecho a “(...) elegir y ser elegido (...)” – artículo 40, numeral 1°, de la C.P. –, la aplicación de los mismos si conlleva limitaciones en los mismos. Al respecto, cabe indicar que el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 establece como una de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos, la consistente en “(...) 1.- Haber sido declarado responsable fiscalmente (...) Parágrafo 1° Quién 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 (...)”. En la medida en que el trámite de este proceso apenas está iniciando y que eventualmente podría surtirse en dos instancias, no puede aceptarse que mientras se decide de fondo esta controversia, estén surtiendo efectos actos administrativos que, en un análisis inicial de la controversia, presentan contenidos que resultan contrarios al ordenamiento jurídico, los cuales pueden afectar, en forma irreversible, el derecho fundamental a elegir y ser elegido – artículo 40, numeral 1°, de la C.P. –, eventualidad que puede remediarse con la suspensión provisional de aquellos, mientras esta jurisdicción decide, en forma definitiva, si se encuentran o no ajustados a las normas que le debieron servir de fundamento.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 2 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 232 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 236 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 243 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 306 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 320 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 328 / LEY 678 DE 2001 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 105 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 118 / LEY 610 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-41-000-2019-00329-01

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR

AUTO INTERLOCUTORIO

La Sala decide el recurso de apelación presentado por la Contraloría de Bogotá en contra del auto del 1° de agosto de 2019, proferido por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La solicitud de suspensión provisional de los actos acusados

1.- El ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA – y actuando a través de apoderado especial, solicitó la nulidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal núm. 02 de 20 de octubre de 2017, del auto de 12 de octubre de 2018 y de la Resolución núm. 2697 de 16 de noviembre de 2018, actos administrativos proferidos por la Contraloría de Bogotá.

2.- En escrito separado, igualmente, solicitó la medida cautelar de urgencia consistente en la suspensión provisional de los efectos de los mencionados actos administrativos al considerar que desconocieron el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 6°, 29, 40-1, 85, 98, 121, 122, 124, 209, 267 y 268-5 de la Carta Política; el artículo 3° de la Ley 610 de 2000; y la Ley 1474 de 2011.

3.- Consideró que la infracción de las normas anteriormente citadas se presentó: i) por la violación al debido proceso “(...) *por vía de hecho por defecto sustantivo – aplicación de norma inaplicable en la presunción de culpa grave (...)*” y, ii) por la violación al debido proceso en tanto se transgredieron las normas en las que debía fundarse la declaración de responsabilidad fiscal dada la “(...) *Ausencia del*

elemento de Conducta Grave e Inexistencia de conductas en ejercicio de Gestión Fiscal por parte de mi poderdante (...)”.

4.- Se refirió inicialmente a la violación al debido proceso *“(...) por vía de hecho por defecto sustantivo – aplicación de norma inaplicable en la presunción de culpa grave (...)”* y al respecto señaló que la Contraloría de Bogotá fundamentó su decisión en una norma que no era aplicable al caso concreto.

5.- Explicó que el criterio a partir del cual se puede imputar la responsabilidad fiscal sobre la conducta del gestor fiscal es el de culpa grave y, en el caso concreto, la parte demandada *“(...) al no encontrar elementos probatorios que conduzcan a la certeza de una actuación dolosa o gravemente culposa (...)”* aplicó, sin fundamento legal, *“(...) la presunción de culpa grave consagrada en el artículo 6 de la ley 678 (sic) de 2001, la cual es aplicable a la acción de repetición (...)”*; resaltando que los eventos de presunción de culpa grave en el proceso de responsabilidad fiscal están descritos explícitamente en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 – ley por la cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública –.

6.- La citada norma – artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 – establece que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el de culpa grave e indica los eventos en que se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con aquel grado de culpabilidad, los cuales *“(...) son diferentes a los que establece el artículo 6 de la Ley 678 para presumir la culpa grave en la acción de repetición (...)”*.

7.- Así es que, en su concepto, la imputación de responsabilidad en el proceso de responsabilidad fiscal cuando tiene sustento en la presunción de culpa grave debería sustentarse *“(...) en lo consagrado en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 y no en la presunción de culpa grave establecida en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, porque los eventos de presunción allí señalados solamente son aplicables en la acción de repetición (...)”*.

8.- Indicó que la Contraloría de Bogotá, tanto en el auto de imputación como en los actos administrativos demandados, consideró que era válida la aplicación de las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001 – artículo 6° –, las cuales son válidas únicamente respecto del medio de control de repetición y

no podían ser utilizadas para estructurar la imputación de responsabilidad al hoy demandante, todo lo cual constituye “(...) *una trasgresión evidente y ostensible del ordenamiento jurídico y violación del debido proceso por defecto sustantivo constitutivo de vía de hecho (...)*”.

9.- Concluyó afirmando que la presunción de culpa grave propia de la acción de repetición no es aplicable a la responsabilidad fiscal puesto que cada uno de estos juzgamientos tiene presupuestos fácticos distintos y, además, si bien ambos tipos de responsabilidad tienen como criterio de imputación la culpa grave, en el medio de control de repetición – Ley 678 de 2001, artículo 6° – la calificación del supuesto de hecho juzgado como constitutivo de culpa grave le corresponde al juez contencioso administrativo, mientras que en el fallo con responsabilidad fiscal, la calificación de los eventos en los cuales se aplica, la tiene un funcionario administrativo.

10.- Continuó su argumentación refiriéndose a la violación al debido proceso por infracción de las normas en que debían fundarse los actos administrativos discutidos.

11.- En primer lugar, explicó que la conducta dolosa o gravemente culposa en que se funda la responsabilidad fiscal, debe ser atribuida a una persona que realiza gestión fiscal, lo cual no está demostrado en este caso.

12.- En tal sentido, hizo referencia a los artículos 267 y 268-5 de la Carta Política y al artículo 5° de la Ley 610 de 2000, para destacar que “(...) *es condición de la configuración de la responsabilidad fiscal, demostrar que dicha conducta sea atribuida a una persona que realiza “Gestión Fiscal” (...)*”, concepto que está ligado “(...) *directamente a la función administrativa por medio de la cual los servidores públicos deciden y ejecutan labores para el cumplimiento de dicha función en la entidad y están relacionadas con el gasto o inversión de recursos públicos, actividades que no están demostradas en el proceso como propias del Exfuncionario PETRO (...)*”.

13.- En segundo lugar, consideró que se violó el derecho de defensa por cuanto la demandada modificó las conductas endilgadas al demandado y el “(...) *perfil (...)*” con el que se le imputó y sancionó en el proceso de responsabilidad fiscal.

14.- En efecto, “(...) no podía la Contraloría de Bogotá D.C. modificar el perfil con el que se vinculó e imputó a mi poderdante al proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-002113, es decir en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá al de “Miembro” o “Presidente” de Junta Directiva de EAAB E.S.P. teniendo en cuenta que sus funciones o roles en este cargo estuvieron detalladas en ley y reglamento (...)”.

15.- Explica que, en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, el cargo que se le formula es en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá D.C. por desplegar una conducta gravemente culposa al ordenar la compra por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – en adelante EAAB – de una flota de vehículos sobredimensionada para cubrir el servicio de aseo en el 100% de la ciudad de Bogotá, mientras que en el fallo se le endilga responsabilidad fiscal porque “(...) “actuando como alcalde de la ciudad de Bogotá y miembro de la Junta Directiva de la EAAB E.S.P, determinó la suscripción de los contratos de suministros” (...)”, con lo que observa tres imprecisiones del ente de control, así:

“(...) i) Enmarcar las conductas (ordenar la compra de vehículos y determinar la suscripción de contratos de suministro) dentro de la figura de gestión fiscal, ii) Dar por demostrada sin estarlo “una” conducta gravemente culposa y iii) Atribuir falazmente estas conductas como funciones que no tenía GUSTAVO PETRO ni en calidad de Alcalde Mayor ni como Miembro de la Junta Directiva de la EAAB E.S.P. (...)”.

16.- Subraya que aquellas imprecisiones referidas a la conducta que generó el daño provienen de la confusión e incapacidad para establecer las diferencias entre las funciones que desempeña el Alcalde Mayor de Bogotá – en esa condición – con las que ejerce como miembro de la junta directiva de la EAAB, originadas, en su concepto, por una errónea interpretación del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, “(...) para lo cual toma como suficientes pruebas las intervenciones de mi poderdante contenidas en las actas de Junta Directiva (...)”.

17.- En tercer lugar, estimó que no existían pruebas que vincularan al demandado con actividades que estén comprendidas dentro del concepto de gestión fiscal de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 610 de 2000 y subraya que el ente de control confundió la potestad legal y constitucional de una autoridad pública para decidir sobre las políticas públicas con actividades de gestión fiscal.

18.- Es así que en el auto de imputación se le atribuyó al demandado el haber ordenado la compra de los vehículos, lo cual no es cierto puesto que “(...) tal y

como lo señala el Acta de junta directiva (sic) de fecha 5 de octubre de 2012, su participación se limitó a describir la necesidad de proceder a adquirir la flota compactadora, pero en ningún momento ordenó la compra del 100% de vehículos para la cobertura de la ciudad (...)”.

19.- Además, señaló *“(...) que no adelantó actuación alguna para evitar el mal uso dado a los mismos. Al respecto, es obvio que el ex Alcalde no tenía ni la competencia ni la custodia directa de los mismos, por lo que no es lógico hacerle responsable por el supuesto mal uso dado a los vehículos (...)”*.

20.- Tampoco consideró válido que al demandado se le hubiera atribuido falta de planeación y falta de coordinación sistemática entre los distintos entes distritales puesto que la participación de aquel dentro del proceso se *“(...) circunscribe en la adopción (sic) de políticas públicas del Alcalde sobre el programa “Basura Cero” establecido en el Plan de Desarrollo de Bogotá y la adopción de medidas tendientes a establecer un esquema de basuras que incluyera a la población recicladora dentro del sistema de recolección, en cumplimiento a la orden impartida por la Corte Constitucional (...)”*, lo que significa que no ejercía funciones propias de la gestión fiscal.

21.- Posteriormente expuso las razones por las cuales existe un escenario de perjuicio irremediable en contra del demandante que amerita el decreto de la medida cautelar solicitada. En tal sentido, consideró, en primer lugar, que de no decretarse la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos enjuiciados se causaría un perjuicio irremediable al demandado consistente en que *“(...) (i) Quedaría inhabilitado para desempeñar su actual cargo como Senador de la República, sin mediar una decisión judicial y (ii) Quedaría sujeto a padecer el embargo de todos sus bienes e ingresos que pudiera percibir para su sustento mínimo vital (...)”*.

22.- Encontró que la expedición de los actos administrativos trae como consecuencia la aplicación del artículo 38-4 de la Ley 734 de 2002, norma que establece como inhabilidad para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, el haber sido declarado responsable fiscalmente, de tal manera que *“(...) con la decisión administrativa que se demanda, y ante las desproporcionadas e irrazonables suma de dinero (...) una autoridad administrativa estaría suspendiendo el ejercicio de la ciudadanía y como consecuencia restringiendo el ejercicio de sus derechos, sin la mediación de un*

juez de la república, desconociendo el contenido del artículo 98 de la Carta Política (...)”, lo cual se encuentra en consonancia con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

23.- El perjuicio irremediable que sustenta la cautela solicitada radica en que con la sola expedición de actos administrativos por parte de una autoridad administrativa – y la incorporación del demandado en el boletín de responsables fiscales –, sin que se hubiera surtido su control de legalidad por parte de los jueces de esta jurisdicción, se le genera una inhabilidad al hoy demandante, así como la restricción de sus derechos políticos, pues estima que a aquel le será imposible sufragar las sumas de dinero que en ellos se le ordena pagar, sumado al hecho de que las argumentaciones que fundamentan los actos demandados resultan contrarias al ordenamiento jurídico.

24.- En suma *“(...) al no ser vinculados (sic) mi poderdante con actos de corrupción y además haber sido calificada la culpa grave en una presunción incurriendo en aplicación de norma no aplicable al caso, es evidente la violación al debido proceso y mientras se pronuncia definitivamente y de fondo la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se estaría causando un inminente riesgo de un perjuicio irremediable lo que obliga en virtud de principios constitucionales e internacionales a reiterar la petición para que se Ampare con la medida cautelar solicitada (...)*”.

25.- Por otra parte, consideró que de no otorgarse la medida cautelar solicitada, los efectos de la sentencia serían nugatorios puesto que *“(...) mi poderdante estaría sujeto a los términos no tan expeditos de la justicia contenciosa administrativa y con ello presenciar que los efectos de sentencia de esta nulidad y restablecimiento serían Nugatorios o risibles frente a la expectativa de justicia, por tanto que los daños y perjuicios ocasionados por los procesos coactivos y de inhabilidad política ya estarían consumados y estarían en condición de irreparabilidad (sic) o serían irremediables (...)*”.

26.- Acceder a la cautela evita un daño irremediable y suspende la decisión hasta que un juez decida si ella se ajusta a la Carta Política y a la ley, lo cual está conforme a los lineamientos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, no decretar la medida solicitada implicaría la restricción en el ejercicio de los derechos políticos mientras se surte el control de

legalidad de los actos administrativos que han producido dicho efecto, el cual puede no ser pronto y eficaz.

27.- Asimismo, le impediría al demandante obtener los ingresos mínimos vitales para solventar su existencia y la de sus hijos menores, tanto por el monto de lo que se le obligó a restituir – el cual está siendo objeto de cobro coactivo por el ente de control – como por la anotación de deudor en el boletín de responsables fiscales que le restringe el acceso a cargos públicos y la suscripción de contratos con el Estado, sumado ello al desprestigio de su nombre en los medios masivos de comunicación y al desmedido señalamiento público por conductas que no constituyeron una conducta gravemente culposa ni un daño patrimonial al erario.

I.2.- La réplica presentada por la Contraloría de Bogotá

28.- La Contraloría de Bogotá, actuando a través de apoderado especial, se opuso a la suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados.

29.- Mencionó que en el fallo con responsabilidad fiscal de 20 de octubre de 2017 se realizó un completo análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal previstos en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, *“(...) estableciendo el daño causado en los términos del Hallazgo Fiscal No. 21000-0015 de 2013, el cual determinó que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, adquirió parque automotor que le permitiera prestar el servicio de aseo en el 100% de la ciudad cuando solamente prestó el 52% a través de la Empresa Aguas de Bogotá. Entonces, los equipos comprados que no fueron utilizados corresponden al 48% de los adquiridos y en definitiva no se requerían (...)*”.

30.- Indicó que en la actuación fiscal si se realizó un análisis de la calidad de gestor fiscal del hoy demandante como Alcalde Mayor de Bogotá, quien fungía como miembro de la junta directiva de la EAAB para la época de los hechos. Agregó que también se revisó la conducta gravemente culposa desplegada en tal condición y estimó que la actuación adelantada en el proceso de responsabilidad fiscal, cuyos actos administrativos se juzgan, se efectuó de conformidad con las normas constitucionales, atendiendo las leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1564 de 2012 y con sustento en la jurisprudencia vigente, sin que se hubiere aportado prueba de la expedición irregular y de las normas invocadas en la demanda, las cuales se aducen en la solicitud de suspensión provisional.

31.- Subrayó que carecen de sustento los argumentos que expuso el demandante para solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos juzgados “(...) *en la medida en que la confrontación entre las normas superiores supuestamente desconocidas y el acto administrativo, no solo requiere evacuar el proceso probatorio para ser corroborada o desestimada, sino que además se dirige a atacar un acto administrativo que no es definitivo, como lo es el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia (...)*”.

32.- En la anterior perspectiva, destacó, a manera de ejemplo, que lo relativo a la aplicación errónea de la presunción de culpa grave prevista en la Ley 678 de 2001, implica “(...) *una valoración de fondo de los argumentos de las partes y la jurisprudencia sobre el tema y no puede avizorarse con la mera confrontación del fallo de responsabilidad fiscal demandado, con las normas que se señalan como presuntamente vulneradas o el recaudo probatorio allegado al expediente, máxime si este último está compuesto únicamente por los antecedentes del propio proceso de responsabilidad fiscal (...)*” y explicó que lo mismo ocurre con las inquietudes relativas a la carencia de la calidad de gestor fiscal del demandante, la intervención del ente de control en las políticas públicas de servicios públicos y la supuesta persecución por motivos de carácter político.

33.- De otro lado, no encontró prueba alguna de un presunto perjuicio irremediable que llegare a evitarse con el decreto de la medida cautelar ni en torno a que el accionante se encuentre en una situación de debilidad manifiesta y agregó que “(...) *no se aprecia en el escrito de medida cautelar, la contraposición de los fundamentos de ese acto administrativo frente a las normas presuntamente violadas al decir del demandante o frente a las pruebas aportadas por el mismo, como tampoco, que esta solicitud cumpla con los demás requisitos establecidos en el artículo 231 del C.P.A.C.A. (...)*”.

34.- De igual forma, subrayó que el demandante nada dice, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en relación con el perjuicio que sufriría la entidad demandada, la ciudadanía o el interés público, si se negara la medida cautelar y se limita a enunciar una serie de argumentos relacionados con su oposición a las decisiones adoptadas mediante los actos administrativos juzgados por los daños que llegaría a padecer, los cuales nada tienen que ver con el interés público.

35.- En conclusión, no evidencia que se cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para decretar la cautela solicitada pues los argumentos del demandante resultan ser apreciaciones subjetivas que deben ser demostradas y en ellos no se explica el motivo por el cual la sentencia sería nugatoria si los actos administrativos enjuiciados no fueran suspendidos, aun si prosperan las pretensiones de la demanda, máxime si dichos actos no establecen inhabilidad alguna, pues cuestión diferente es que *“(...) la declaratoria de responsabilidad fiscal en los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y el Parágrafo 3° del Artículo 2° de la Ley 901 de 2004, se deba informar a la Contraloría General de la República, so pena de incurrir en causal de mala conducta, y esta elabore el Boletín de Responsables Fiscales (sic), con sus respectivas consecuencias (...)”*.

36.- Mencionó que la Contraloría de Bogotá no tiene competencia para limitar o restringir derechos políticos pues la responsabilidad fiscal, en los términos del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, es de carácter resarcitorio de los daños ocasionados al patrimonio público y no tiene naturaleza sancionatoria, y agregó que no está probado que el demandante solo pueda aspirar a cargos públicos o contratos estatales para lograr su subsistencia, ni tampoco está acreditado que se encuentre en una situación económica que le produzca o amenace con causarle un perjuicio irremediable, toda vez que *“(...) dada la formación académica y la experticia profesional del demandante bien puede desempeñarse en distintos ámbitos del sector privado y en general no representa necesariamente que sea la última vez que le contraten (...)”*.

I.3.- El concepto del agente del Ministerio Público

37.- El Procurador Primero Judicial II para Asuntos Administrativos, en su condición de agente del Ministerio Público en este proceso, dentro del término de traslado de la medida cautelar, solicitó se decretara la suspensión provisional de los actos administrativos cuestionados puesto que el ente de control que los expidió – Contraloría de Bogotá –, integró *“(...) de manera ilegal las presunciones de culpa grave de que trata el artículo 6° de la Ley 678 de 2011, - acción de repetición – a un juicio fiscal en el cual [el] legislador estableció sus propias presunciones de culpa grave en la Ley 1474 de 2011 (...)”*.

38.- Explicó que la Ley 610 de 2000 no estableció remisión alguna a las normas relacionadas con la acción de repetición y, en este caso, el artículo 66 de dicha ley

remitió, en primer lugar, al CCA – hoy la Ley 1437 de 2011 –; en segundo lugar, al Código de Procedimiento Civil – hoy la Ley 1564 de 2012 –; y en tercer lugar, al Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 –.

39.- Por ello, en su concepto, resulta lesivo del principio de legalidad y del respecto al debido proceso acudir a las normas de la Ley 678 de 2001, sin que exista una remisión al respecto, puesto que uno de los principios contenidos en el Código de Procedimiento Civil – hoy la Ley 1564 de 2012, CGP – *“(…) y que debía ser aplicado por remisión normativa señala en su artículo 13° que: “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley” (…)*”, lo anterior implica que la entidad demandada empleó dicho mecanismo – la remisión – sin que existiera autorización de legislador para ello.

40.- Agregó que la responsabilidad fiscal es diferente a la responsabilidad civil patrimonial regulada en la Ley 678 de 2001. De manera que el proceso de responsabilidad fiscal es independiente y autónomo de aquel asociado a la determinación de la responsabilidad patrimonial de que trata la acción de repetición; y señaló que la fuente constitucional de dichas responsabilidades es diferente – cita la Sentencia de la Corte Constitucional, C-840 de 2001 –, por lo que *“(…) se equivocó el ente de control al predicar una “interpretación sistemática” cuando la Alta Corporación señaló claramente que situarse en los dominios del artículo 90 de la Constitución es impropio y agregó que la culpa regulada en los términos de la Ley 610 de 2000 resulta pertinente y adecuada, para los fines de la responsabilidad fiscal (…)*”.

41.- Igualmente, subrayó que la analogía utilizada por la entidad demandada desconoció el principio de carga de la prueba establecido en la Ley 610 de 2000 para los entes de control fiscal. Al respecto indicó que las presunciones de culpa grave y dolo establecidas en la Ley 678 de 2001 tuvieron como finalidad *“(…) superar las dificultades probatorias que tenía el Estado dentro de los juicios de responsabilidad patrimonial (…)*” y, por el contrario, en los procesos de responsabilidad fiscal no existían excepciones a la carga de la prueba hasta la expedición del artículo 118 de la Ley 1474 de 2001, a lo que agregó que las normas de remisión no establecen este tipo de presunciones, luego *“(…) si no existe una remisión legal a la Ley 678 de 2001 y si es impropia la analogía como lo*

determinó la Corte Constitucional, mal podía el ente de control fiscal acudir a dichas presunciones legales, ni siquiera por vía de interpretación sistemática (...)”.

42.- En lo relativo a la prueba sumaria del perjuicio, llamó la atención sobre la importancia de la medida cautelar solicitada en tanto sirve *“(...) para proteger eventuales derechos políticos, hecho notorio en el caso del demandante, en los términos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de 6 de febrero de 2019 (...)*”.

I.4.- La decisión judicial impugnada proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

43.- La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el auto de 1° de agosto de 2019, decretó la suspensión provisional parcial de los efectos de los actos administrativos cuestionados, únicamente en relación con el ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego.

44.- Inicialmente analizó 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, proferidos por la Contraloría de Bogotá y de la revisión efectuada por el ente de control, encontró que:

“(...) fundamentó jurídicamente la responsabilidad fiscal a partir de las presunciones de dolo y culpa grave que están contenidas en la Ley 678 de 2001 (...); al momento de resolver el recurso de reposición la entidad adujo que “las apreciaciones que se puedan hacer respecto de lo establecido en la acción de repetición se hacen de manera meramente ilustrativa” dada la identidad de objeto entre la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, no obstante a renglón seguido afirmó que no está limitada al marco de las presunciones establecidas en la Ley 1474 de 2011; finalmente, en la resolución que resolvió la apelación la entidad reconoció que las únicas presunciones que se pueden aplicar en el proceso de responsabilidad fiscal son las enlistadas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 pero, mantuvo la decisión en atención a que por la identidad de objeto entre la acción de repetición y la responsabilidad fiscal es adecuado “utilizar conceptos, definiciones y referencias” sin que el fundamento de la decisión sean dichas presunciones de la Ley 678 de 2001 (...) Es relevante advertir que la Contraloría de Bogotá expuso los fundamentos fácticos del detrimento patrimonial y la gestión fiscal que desplegó el señor Gustavo Petro en la compra de unos vehículos de recolección de basuras, empero, al momento de catalogar la conducta y el título de la responsabilidad utilizó las presunciones de dolo y culpa grave de la Ley 678 de 2001, siendo estos títulos un elemento inherente, esencial e indispensable en

la declaración de responsabilidad fiscal según lo prescrito en el artículo 5 de la Ley 610 del 2000 (...) Así las cosas se estima que el fallo de responsabilidad se basó en las presunciones de dolo y culpa grave prescritas en la Ley 678 de 2001, independiente de que con posterioridad al momento de resolver los recursos de reposición y de apelación haya pretendido darle un alcance meramente ilustrativo (...)”.

45.- Posteriormente, estudió la remisión normativa empleada por la Contraloría de Bogotá para fundamentar la declaración de responsabilidad fiscal del demandado, destacando que, tratándose de la responsabilidad fiscal, no existe vacío legal respecto de las presunciones de dolo y culpa grave pues este asunto se encuentra determinado, de manera especial, en la Ley 1474 de 2011 – artículo 118 –; por ende, no resulta aceptable acudir a la analogía para utilizar otras presunciones adicionales propias de materias diferentes, como lo son las de la acción de repetición.

46.- Indicó que en la medida en que las presunciones de dolo y culpa grave son restricciones a la “*presunción de inocencia*” toda vez que invierten la carga de la prueba, será el investigado quien debe desvirtuarlas en los casos previstos por el legislador, de allí que su interpretación y aplicación sea de carácter restrictivo y taxativo por lo que no es dable aplicar “*(...) como presunciones aquellas hipótesis que no encajan perfectamente en la descripción normativa y mucho menos otras presunciones que rigen otros asuntos diferentes (...)*”.

47.- Hizo referencia a la sentencia C-512 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, en la que se analizó la constitucionalidad de las presunciones de dolo y culpa grave en materia de responsabilidad fiscal y señaló que esa Corporación había concluido que esas presunciones estaban justificadas para salvaguardar el patrimonio público pero que solo pueden ser fijadas y definidas por el legislador, razón por la que a la Contraloría de Bogotá no le era dable aplicar o interpretar, en forma extensiva, las hipótesis establecidas en la Ley 1474 de 2011 – y mucho menos aplicar otras diferentes a las allí previstas taxativamente, sin trasgredir la presunción de inocencia.

48.- Advierte que no es posible la aplicación de la Ley 678 de 2001 en la medida en que la Ley 610 de 2000 – artículo 66 – no prevé que aquella norma sea aplicable en caso de eventuales vacíos legales de la ley especial. Al respecto indicó que la Ley 678 de 2001 regula la acción de repetición como una actuación de orden judicial diferente, autónoma e independiente de la responsabilidad fiscal, luego “*(...) no existe razón alguna ni justificación legal para dejar de aplicar la*

normatividad especial contenida en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 y, por contrario emplear un[a] norma legal que versa sobre una materia diferente (...)”.

49.- Agregó que al efectuarse una confrontación del contenido y alcance de los actos administrativos acusados con el ordenamiento jurídico, se encuentra una contradicción puesto que la declaración de la responsabilidad fiscal fue la aplicación de una presunción contenida en una norma que no es aplicable a ese tipo de procesos y, por ello, no podía emplearse como sustento de la decisión, dejando de aplicar las normas especiales que contemplan las presunciones de dolo y culpa grave – Ley 1474 de 2011 –.

50.- Concluyó que, al revisar de los argumentos expuestos que la solicitud, se observa que la misma cumple con el requisito sustancial del artículo 231 del CPACA y, además, indicó que el presente medio de control solo fue presentado por algunas de las personas que fueron declaradas responsables fiscales en los actos administrativos cuestionados, por lo que resultaba necesario advertir que *“(...) la suspensión provisional parcial que se decretará solo se predica y por ende beneficiará al aquí demandante, sin que sea admisible extender sus efectos en beneficio de quienes no participan en el proceso de la referencia (...)*”.

51.- Por último, el Tribunal de instancia, al pronunciarse sobre el otro cuestionamiento esbozado por el demandante como sustento de la cautela, precisó lo siguiente:

“(...) no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto de los elementos de juicio y medio de prueba allegados a hasta (sic) este momento no se observa la supuesta violación normativa en la declaración de responsabilidad fiscal por el hecho de no haberse acreditado las conductas endilgadas en dicho juicio, aspecto este que de todas maneras deberá ser por supuesto materia de consideración y decisión en la sentencia que ponga fin a este proceso contencioso administrativo (...)”.

I.5.- El recurso de apelación

52.- La Contraloría de Bogotá, inconforme con la decisión de la Sección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentó recurso de apelación en contra del auto de 1° de agosto de 2019 y solicitó denegar la cautela impuesta en primera instancia.

53.- Destacó que en el Fallo con Responsabilidad Fiscal de 20 de octubre de 2017 se realizó un completo análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal previstos en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, con base en el cual se determinó que la EAAB adquirió *“(...) un parque automotor que le permitiera prestar el servicio de aseo en el 100% de la ciudad cuando solamente prestó el 52% a través de la Empresa Aguas de Bogotá. Entonces los equipos comprados que no fueron utilizados corresponden al 48% de los adquiridos que en definitiva no se requerían (...)”*.

54.- Subrayó que sí se realizó una evaluación de la condición del investigado como gestor fiscal, quien como Alcalde Mayor de Bogotá hacía parte de la junta directiva de la EAAB, así como de la conducta gravemente culposa en la que incurrió en dicha condición y de la responsabilidad fiscal correspondiente.

55.- Explicó que la Contraloría de Bogotá carece de competencia para limitar o restringir los derechos políticos del demandante pues el objeto del proceso de responsabilidad fiscal, al tenor del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, es resarcitorio y no sancionatorio.

56.- Indicó que, en los actos administrativos acusados, en consecuencia, no se hace referencia a tal limitación o restricción y menos se señala que se le hubiese inhabilitado para el ejercicio de los mismos, por lo que la supuesta violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos resulta ser una apreciación subjetiva del demandante.

57.- Cuestión distinta, en su concepto, es que el legislador haya previsto unas consecuencias derivadas de tal declaración – responsable fiscal – en los artículos 60 de la Ley 610 de 2000 y 2° – párrafo 3° – de la Ley 901 de 2004, resaltando que la inclusión en el boletín de responsables fiscales, en sí misma, no vulnera derechos fundamentales de quienes han sido incluidos en él.

58.- De otro lado y contrario a lo afirmado en la providencia judicial impugnada, mencionó que, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley 1474 de 2011, en los aspectos no previstos en esa ley, se aplican las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto fueran compatibles con la naturaleza del proceso verbal que estableció dicha norma.

59.- Anota que, a su vez, el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 dispone que en los aspectos no previstos en dicha ley, se aplica, en primer lugar, el CPACA, estatuto que incluye dentro de los medios de control, el de repetición – artículo 142 –. Y agrega:

*“(…) Nótese que el citado Artículo 66 de la Ley 610 de 2000 consagra que para que sea jurídicamente posible la remisión al CPACA, las disposiciones aplicables (por remisión) deben ser compatibles con la naturaleza de este proceso (...) Así las cosas, la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011, consagró en el Artículo 118 que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave y a renglón seguido se refirió a unas presunciones de culpa grave, al precisar: (se cita) (...) Significa lo anterior, que el legislador no previó ni en la ley 610 de 2000 ni en la Ley 1474 de 2011, la totalidad de los eventos en que se puede presumir que un gestor fiscal haya obrado con culpa grave, pues se limitó a aquellas circunstancias en las que tal calidad (la de gestor fiscal) se deriva del proceso de contratación o del reconocimiento y pago de emolumentos laborales, propio del ejercicio de la función pública, dejando de lado otros casos atinentes al conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado por el solo hecho de manejar o administrar recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Recuérdese que la disponibilidad exigida por el legislador en las normas citadas, es no sólo material sino jurídica (...) **En consecuencia, al no prever la totalidad de los eventos de presunción de culpa grave aplicables al gestor fiscal se debe hacer la remisión a las demás fuentes normativas previstas en el Artículo 66 de la Ley 610 de 2000, iniciando por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual prevé en su Artículo 142 el medio de control de repetición, el que sí es compatible con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, como se pasa a demostrar: (...)**”.* (Subrayado y resaltado fuera de texto)

60.- En esa línea argumentativa explicó, con sustento en la sentencia C-619 de 2002, proferida por la Corte Constitucional, que tanto la responsabilidad patrimonial como la responsabilidad fiscal tienen en común que se adelantan para obtener el resarcimiento del daño al patrimonio público a partir de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público.

61.- En ese contexto, si la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011, no previó los eventos de presunción de culpa grave o dolo en los que el gestor

fiscal no actúa bajo el contexto de la contratación estatal o del pago de emolumentos económicos propios de la función pública, en su concepto, se debe acudir, por así disponerlo el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, inicialmente, al CPACA, que en su artículo 142 incluyó el medio de control de repetición.

62.- Tal medio de control se encuentra desarrollado en la Ley 678 de 2001 y tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición o por medio del llamamiento en garantía con dicho fin, para lo cual, como ocurre en la Ley 610 de 2000, además del elemento objetivo, se requiere el elemento subjetivo – el dolo o la culpa grave –.

63.- Además, entre esas dos figuras – la acción de repetición y la responsabilidad fiscal – conforme con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 620 de 1996 – existe similitud en su finalidad y los principios rectores que la orientan.

64.- En ese orden de ideas, procedió a analizar “(...) *en qué medida, las presunciones de dolo y culpa grave consagradas por los Artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 (...) constituyen violación al derecho de defensa y al debido proceso (...)*”.

65.- Para abordar este problema jurídico, citó la sentencia de esta Corporación de 24 de marzo de 2017 – Expediente 110010326000 2014-00026 00 (50.032), Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa – y destaca que la misma manifestó que las presunciones previstas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2000, “(...) *aplicables por remisión del Artículo 66 de la Ley 610 de 2000; a los procesos de responsabilidad fiscal (sic) (...)*”, no constituyen violación al debido proceso y, además, que son un medio indirecto para alcanzar la verdad, configurando un criterio que el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho conocido y cierto.

66.- Para aplicar los conceptos del Código Civil, referidos a la culpa y el dolo – artículo 63 – resultaba necesario evaluar, además de dichas normas, los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad – artículo 6° y 9° de la C.P. – y las funciones asignadas al servidor público, y concluyó señalando lo siguiente:

“(...) si se analiza el actuar del doctor Gustavo Petro desde la etapa precontractual, en el proceso de la orden de la compra del parque automotor de los compactadores, se comprueba su negligencia al momento de realizar la planeación, toda vez que en la justificación de la necesidad de la compra se manifiesta que los vehículos a adquirir por parte de la Administración Distrital serían utilizados para cubrir el 100% de la prestación del servicio de aseo (...) Se debe mencionar que el resultado esperado para la ejecución del contrato al momento de realizar la planeación en ningún momento se logró cumplir, tan es así, que (sic) solamente se logró prestar un servicio de aseo en un porcentaje equivalente al 52% del servicio de aseo, en aras de ahondar en esta idea, es menester recordar que el restante 48% del servicio de aseo fue prestado por particulares, los cuales eran los antiguos prestadores del servicio de aseo del Distrito (...) Así mismo, le es imputable el detrimento fiscal al doctor GUSTAVO PETRO en el entendido de que este tuvo conocimiento previo de las posibles consecuencias que podrían presentarse para la ciudad de Bogotá, al momento de ordenar la compra del parque automotor que logra demostrar es que el doctor Petro Urrego quien tuvo conocimiento que al realizar la compra del tantas veces mencionado parque automotor, y que pese a esto, desplegó un actuar omisivo, en el entendido que pudo realizar acciones tendientes a verificar que efectivamente se pudiese solucionar el problema del manejo del aseo de la ciudad de Bogotá (...) Esta actuar negligente y omisivo frente al deber objetivo de cuidado por parte del señor Gustavo Petro permitió que se realizara la compra de los vehículos compactadores con la finalidad que el Distrito fuera el único encargado de la prestación del servicio de aseo, es decir, se actuó con negligencia al momento de no realizar una debida planeación, pues se vio en la obligación de contratar con los particulares; con lo cual se evidencia de manera palmaria y ostensible que el actuar del Señor Petro fue culposo, sin que esto conlleve a presunción alguna. Lo anterior, toda vez que, en su calidad de Alcalde Local tenía conocimiento de los posibles riesgos en el momento de realizar la compra de los compactadores y posibles momentos de aplicar el esquema de aseo, teniendo en cuenta que era posible prever la ocurrencia de imprevistos a través de actos que permitieran su mitigación, lo cual nunca ocurrió, máxime cuando la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no contaba con la infraestructura física y de personal para ejecutar el contrato (...)”.

67.- Posteriormente, hizo referencia a las actuaciones administrativas que culminan con la expedición de actos administrativos y señaló que corresponden al ejercicio de la función administrativa y, en consecuencia, el servidor público debe dar aplicación estricta a la normatividad que la rige, recordando que tanto en la acción de repetición como en la acción de responsabilidad fiscal lo que se está juzgando es una responsabilidad particular, personal, subjetiva e individual en la que resulta decisiva la condición personal del agente, que a su vez determina su conducta, pues será la calificación que ésta pueda recibir – dolosa o gravemente culposa –, la que permitirá establecer si es responsable o no de los hechos que dieron lugar a la indemnización de perjuicios que debió reconocer una entidad estatal y cuyo reembolso pretende.

68.- Atendiendo lo anterior y descendiendo al caso concreto, le endilgó al hoy demandante una culpa grave, por la violación manifiesta e inexcusable de sus funciones, en particular de los numerales 1°, 3° y 20° del artículo 38 del Decreto 1421 de 1993 y de los numerales 1°, 3° y 21° de la Ley 734 de 2002, recordando que de conformidad con el artículo 6° de la Carta Política, las autoridades son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, indicando textualmente lo siguiente:

“(...) el Artículo 6° de la Ley 678 de 2001, aplicable por remisión expresa del Artículo 66 de la Ley 610 de 2000, es perentorio en señalar que “la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (...) Así las cosas, si dentro de sus funciones como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., y Director de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la época de los hechos, el actor debía cumplir la Constitución y las leyes, además de dirigir la acción administrativa, asegurando el cumplimiento de las funciones, no cabe duda que al apartarse de tales postulados, y en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, instó a la Junta Directiva para realizar la compra del parque automotor, determinó de manera contundente la suscripción de dicha compra, que a la postre ocasionó un daño a las finanzas públicas de la ciudad e incurrió en una conducta gravemente culposa. Así lo estudió y determinó el fallo de segunda instancia proferido mediante resolución 2697 de 06 de noviembre de 2018, expedido por el Despacho del Contralor (...)”.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

69.- La Sala, para efectos de desatar la presente controversia, considera pertinente que se aborden de manera previa los siguientes aspectos: i) la competencia para adoptar la decisión; ii) el problema jurídico a resolver; iii) las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; iv) la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado; v) la naturaleza jurídica de la acción de repetición y de la responsabilidad fiscal y sus diferencias y similitudes; vi) la aplicación de las presunciones de la Ley 678 de 2001 a la responsabilidad fiscal regulada en la Ley 610 de 2000; para luego, v) descender al caso concreto; y, vi) exponer las respectivas conclusiones.

II.1.- La competencia

70.- El artículo 236 del CPACA establece que *“(...) El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según*

el caso (...)", por lo que la decisión de 1° de agosto de 2019, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es susceptible de aquel recurso – apelación –.

71.- Ahora bien, debe indicarse que los jueces y magistrados ponentes, por regla general, son quienes tienen la facultad de dictar los autos interlocutorios y de trámite; no obstante aquello, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243 del CPACA¹ serán de la Sala, excepto en los casos de procesos de única instancia – artículo 125 del CPACA² –.

72.- En la medida en que la decisión objeto de revisión mediante el recurso de apelación es de aquellas que deben adoptarse por las salas de decisión de acuerdo con el artículo 243 del CPACA³ - numeral 2°⁴ - y en tanto en que este no es un proceso que se tramite en única instancia, la competencia para resolverlo se encuentra radicada en esta Sala de Decisión.

II.2.- El problema jurídico

¹ "(...) **ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil. (...)"

² "(...) **ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS.** Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica (...)"

³ Entre otros, ver autos de 10 de septiembre de 2019 en el Expediente 17001-23-33-000-2015-00827-01 y de 19 de diciembre de 2018 en el Expediente 47001-23-33-003-2017-00273-01.

⁴ "(...) 2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite (...)"

73.- La Sala, atendiendo el contenido de los artículos 320⁵ y 328⁶ del CGP, aplicables por la remisión del artículo 306 del CPACA, y la decisión objeto de apelación, considera que el problema jurídico que debe resolver se contrae a determinar si debía accederse a la suspensión provisional de los efectos del Fallo con Responsabilidad Fiscal núm. 02 de 20 de octubre de 2017, del auto de 12 de octubre de 2018 y de la Resolución núm. 2697 de 16 de noviembre de 2018, proferidos por la Contraloría de Bogotá – como en efecto lo hizo la primera instancia –, en tanto dicho ente de control empleó, como sustento de la declaratoria de responsabilidad fiscal del demandante, las presunciones de dolo y culpa grave previstas en la Ley 678 de 2001, norma que regula el medio de control de repetición.

II.3.- Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

74.- Sobre la finalidad⁷ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“(...) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión **que** se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera*

⁵ “(...) **Artículo 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71 (...).”

⁶ “(...) **Artículo 328. Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).”

⁷ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “(...) se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

*mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)*⁸

75.- En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo “por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”⁹.

76.- En este punto cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para **“proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”**.

77.- En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

78.- Cabe advertir, que al juez o magistrado ponente solo se le permite decretar **medidas cautelares de oficio**, en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en aquellos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. En este caso, el juez administrativo actúa como juez constitucional.

79.- En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁹ Constitución Política, artículo 238.

demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.¹⁰

80.- Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

81.- En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “*podrá decretar las que considere necesarias*”¹¹.

82.- No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*” (Resaltado fuera del texto).

83.- Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. **El segundo**, o perjuicio de la mora,*

¹⁰ Artículo 230 del C.P.A.C.A.

¹¹ Artículo 229 del C.P.A.C.A.

*exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho (...)*¹² (Negrillas fuera del texto).

84.- Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

*“(...) Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad (...)**¹³ (Negrillas no son del texto).*

85.- Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la

¹² Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹³ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) *Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’* // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos. El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’”

cautela, a saber: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

III.4.- La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado

86.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo¹⁴, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231 y siguientes del CPACA.

87.- Siguiendo el artículo 229 de la Ley 1437, sobre la procedencia de las medidas cautelares en los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez o magistrado ponente pueden decretar, a petición de parte y mediante providencia motivada, las medidas cautelares que estén debidamente sustentadas y que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que la decisión que resuelva la medida cautelar implique prejuzgamiento; en efecto, esta norma dispone:

“(...) Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. 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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento (...)
(Destacado fuera de texto).

88.- A su turno, el artículo 231 de la misma norma, sobre los requisitos para decretar medidas cautelares, en especial, la de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se requiere lo siguiente:

¹⁴ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

*“(…) Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos **procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos (...)”* (Destacado fuera de texto).

89.- Esta Sala considera que, al hacerse una interpretación sistemática de las normas citadas, la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos es una decisión que procede siempre que se evidencie la vulneración de normas jurídicas superiores.

90.- Esta Corporación ha señalado en varias oportunidades que la Ley 1437 introdujo una reforma sustancial al regular la institución de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y precisó que en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 2 de enero de 1984) este tipo de medida cautelar solo procedía cuando fuera evidente una *“(…) manifiesta infracción (...)”* de normas superiores por parte de la disposición demandada, mientras que con la Ley 1437, la exigencia de verificar la existencia de una infracción a las normas, no requiere ser manifiesta.

91.- Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, ii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

92.- Esta Corporación señaló¹⁵ que la Ley 1437 amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente al resolver la solicitud de medida cautelar, lo cual implica el estudio de la presunta vulneración con la confrontación de las normas

¹⁵ Ver entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 28 de agosto de 2011, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, número único de radicación 110010327000-2014-0003-00 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 30 de abril de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano, número único de radicación 110010326000-2013-00090-00.

superiores invocadas junto con la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

II.5.- La naturaleza jurídica de la acción de repetición y de la responsabilidad fiscal y sus diferencias y similitudes

93.- La Sala considera necesario referirse, previamente, a la naturaleza jurídica del medio de control de repetición y del proceso de responsabilidad fiscal, enunciando sus diferencias y similitudes.

94.- La Carta Política no solo estableció en el artículo 90 el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de la responsabilidad patrimonial, sino que, además, previó la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle al Estado que repita en contra de estos, en los eventos en que sea condenado a la reparación patrimonial de tales daños, y ello sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de esos agentes¹⁶.

95.- Dicho mandato constitucional fue desarrollado a través de la Ley 678 de 2001, norma en la que se establecieron los aspectos sustanciales y procesales del medio de control de repetición y que se erige como el mecanismo procesal con el que cuenta el Estado para la protección del patrimonio público¹⁷ y “(...) *para estimular el ejercicio legal, transparente y correcto de la función pública, procurando que no se produzca una actuación dolosa o gravemente culposa que esté en contradicción con las normas constitucionales y legales, y los principios de la administración y la función pública (...)*”¹⁸.

96.- En cuanto a la naturaleza jurídica de este medio de control, cabe anotar que la Ley 678 de 2001 concibió la acción de repetición como i) una acción civil de carácter patrimonial; ii) de carácter autónomo e independiente¹⁹; iii) cuyo trámite debe surtirse ante la jurisdicción contencioso administrativa²⁰; e indicó que, iv)

¹⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de enero de 2017, Expediente 25000-23-26-000-2009-00699-01 (42.606). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 897.

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 900.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, página 900.

para su procedencia se requería de la presencia de los siguientes presupuestos y requisitos:

“(...) i) que una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente, a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto, ii) que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma indicada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto y iii) que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas (...)”²¹.

97.- A su turno, y en lo que se refiere a la responsabilidad fiscal, resulta necesario indicar que el artículo 268 de la Carta Política, en su redacción original, le asignó al Contralor General de la República, entre otras atribuciones, la de *“(...) 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal (...)”*. Tal competencia se ratificó en el artículo 2° del Acto Legislativo 4 de 2019²².

98.- Es preciso resaltar que los contralores departamentales, distritales y municipales, de acuerdo con la redacción original del artículo 272 de la Constitución Política, ejercen las mismas atribuciones del Contralor General de la República previstas en el artículo 268 precitado, por lo que dichos servidores públicos tienen la potestad de *“(...) 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal (...)”* – Artículo 268, C.P. –.

99.- Cabe anotar que este artículo constitucional también fue modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 4 de 2019, precepto que, en la parte pertinente, es del siguiente tenor: *“(...) Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley (...)”*.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 16 de mayo de 2019, Expediente 25000-23-26-000-2011-00438-01 (47649). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²² *“(...) 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (...)”*.

100.- Ahora bien, la Corte Constitucional ha destacado que el proceso para determinar la responsabilidad fiscal tiene por finalidad “(...) *“resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga[n] a su cargo la gestión fiscal”*²³ (...)”, por lo que no tiene carácter sancionatorio, en la medida en que pretende “(...) *que “el funcionario repare el daño causado al erario por su conducta dolosa o culposa”*²⁴ (...)”²⁵.

101.- Igualmente, ha subrayado que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa, “(...) *en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales* (...)”²⁶.

102.- Asimismo, ha indicado que la responsabilidad que se declara en dicho proceso tiene, igualmente, la connotación de ser administrativa, puesto que se “(...) *juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal* (...)”²⁷.

103.- Además, precisó que tal actuación: i) no tiene carácter sancionatorio ni penal ni administrativo, en la medida en que “(...) *tiene una finalidad meramente*

²³ Sentencia C-648 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴ Sentencia C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-101 de 2018.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU 620 de 1996. La doctrina, igualmente, ha señalado: “(...) II. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA ACTUACIÓN PROCESAL (...) En otro aparte hemos absuelto la discusión – acogiendo integralmente la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional – sobre la *naturaleza administrativa* de los actos que expresan materialmente la función de la vigilancia de la gestión fiscal ejercida por las contralorías, mediante las atribuciones señaladas en el artículo 268, reglamentadas en la leyes 42 de 1993, 136 de 1994, 330 de 1996 y 610 de 200, entre otras, sin que esa consideración socave o limite la autonomía orgánica y funcional que la misma Carta les reconoció (...) De tal modo que aquí basta reiterar esa específica naturaleza en relación con los actos expedidos por dichos órganos de control, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que para el efecto de determinarla, se tramiten (...) Justamente, la Ley 610 de 2000, en su artículo 1.º, al definir el proceso de responsabilidad fiscal los especifica como *el conjunto de actuaciones administrativas*. La consecuencia primordial de esta consideración es que se preserva el control judicial de legalidad externo, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, sobre tales actuaciones (...) – AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 382-383.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU 620 de 1996.

*resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal (...)*²⁸; y, en esa medida, ii) es concebida como una “(...) *responsabilidad independiente y autónoma distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos (...)*”²⁹ y ii) su naturaleza administrativa le hace estar sujeto a las garantías constitucionales del debido proceso administrativo³⁰.

104.- De todo lo expuesto, es posible establecer las siguientes similitudes entre el medio de control de repetición y el procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal: i) ambos mecanismos buscan la protección del patrimonio económico del Estado; ii) en ambos casos, se ve comprometida la responsabilidad patrimonial de servidores públicos o de particulares con funciones públicas; iii) ambas actuaciones tienen carácter reparatorio o resarcitorio y, en esa medida, no son de naturaleza sancionatoria; iv) ambas figuras exigen el análisis subjetivo de la conducta y se requiere, en ambas actuaciones, de la acreditación del dolo o la culpa grave del sujeto pasivo³¹; y v) tanto la repetición como el procedimiento de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos e independientes.

105.- En cuanto a las diferencias existentes entre estas dos figuras, se resaltan las siguientes:

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 620 de 1996. El artículo 4° de la Ley 610 de 2000, establece que “(...) La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (...)”.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU 620 de 1996.

³⁰ “(...) d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)”.

³¹ Así se determinó para el proceso de responsabilidad fiscal en la Sentencia C-619 de 2002, proferida por la Corte Constitucional.

105.1.- El medio de control de repetición y el procedimiento de responsabilidad fiscal constituyen modalidades diferentes de responsabilidad. Al respecto, la Corte Constitucional³² ha considerado lo siguiente:

“(...) 6. El argumento expuesto contra la norma demandada por vulneración de la unidad de materia se refiere al hecho de señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado y la acción de repetición cuando a ella haya lugar son materias diferentes a la responsabilidad que se genere por una gestión fiscal irregular. Por tal motivo, es inconstitucional la decisión del legislador de señalar en la ley de acción de repetición el procedimiento para la recuperación del lucro cesante que determinen las contralorías en los fallos con responsabilidad fiscal.

7. Así, al contrastar la norma demandada con el núcleo temático de la Ley 678, se aprecia que en efecto aquella constituye un cuerpo extraño a la materia desarrollada en esta ley pues la sola circunstancia de corresponder a dos modalidades del ius puniendi del Estado, no son suficientes para superar válidamente el condicionamiento de unidad de materia legislativa fijado por la Carta Política.

*Existen fundadas razones para llegar a esta conclusión. **En primer lugar, son diferentes las modalidades de responsabilidad a que hacen referencia los artículos 90 y 268 numeral 5 de la Constitución Política. En un caso se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que genera el daño antijurídico, y en el otro de la responsabilidad que se deduce de la gestión fiscal. Por ello persiguen objetivos distintos, lo cual amerita hacer las correspondientes distinciones pues una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y otra es la responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Es decir, el Estado se ubica en posiciones diferentes en cada caso: en el primero, el Estado es el que responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la oportunidad para repetir contra el agente que éste haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño, y en el segundo, el patrimonio del Estado es el que resulta afectado en ejercicio de la gestión fiscal a cargo de servidores públicos o de particulares (...)**” (Subrayado y resaltado fuera de texto).*

105.2.- Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil y esta Sección han dado cuenta de las diferencias entre estas dos figuras, así:

“(...) Conforme con lo expuesto, se establece que estos mecanismos procesales (i) son autónomos e independientes, (ii) tienen diferente naturaleza, judicial la acción de repetición y administrativa la del proceso de responsabilidad fiscal, (iii) no son subsidiarios, ni su ejercicio es discrecional, razón por la cual no pueden promoverse

³² Corte Constitucional, C-309 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

indistintamente. Aunque su objeto es parcialmente afín - resarcir los daños causados al patrimonio público –, tienen una condición de aplicación diferente, pues, (a) mientras el fundamento de hecho de la acción de repetición es el daño antijurídico ocasionado a un tercero imputable a dolo o culpa grave de un agente del Estado, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima (b) el del proceso de responsabilidad fiscal está constituido por el daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causado por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos – art. 1º ley 610 -.

De suerte que en el caso consultado el detrimento al patrimonio del Estado si bien de manera mediata deviene del ejercicio irregular de la gestión fiscal, de forma directa e inmediata se origina en el reconocimiento indemnizatorio proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto – art. 2º, ley 678 de 2001-, como consecuencia del daño antijurídico causado a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente del Estado, lo cual explica claramente que no haya lugar a deducir responsabilidad fiscal por ese hecho, sino que proceda de manera exclusiva la acción de repetición. De este modo, es irrelevante la consideración del origen de la condena – con ocasión o no de gestión fiscal – pues la procedibilidad de la acción de repetición se sustenta en el daño patrimonial causado al tercero cuya indemnización se ha ordenado judicialmente o debe repararse por el acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación del conflicto 33 (...)” – Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Concepto de 6 de abril de 2006. Expediente: 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716) –.

“(...) Como se aprecia en esta transcripción, la Contraloría declaró que el actor incurrió en culpa en el pronunciamiento del acto administrativo de despido, culpa que ocasionó la condena a favor de extrabajador Beltrán Calle y de cuyo importe es fiscalmente responsable frente al municipio.

³³ VV.AA en SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel y otros. Responsabilidad Fiscal y control del gasto público. 1ª edición 2004. Biblioteca Jurídica Dike, páginas 146 y 147 se cita a Uriel Amaya Olaya autor del libro ‘Teoría de la responsabilidad fiscal’, quien considera que ‘el ejercicio de la acción de repetición excluye la acción de responsabilidad fiscal porque la primera tiene un carácter constitucional especial a nivel substancial y a nivel procesal y porque en la responsabilidad fiscal el daño que debe ser reparado se causa directamente al patrimonio público, mientras que en la acción de repetición el daño es indirecto: el agente estatal causa un daño a un tercero, que a su vez demanda al Estado y obtiene su condena y el pago de la misma, siendo este último pago el origen del daño patrimonial que sufre el Estado’ (...) Todas estas circunstancias, en su criterio, hacen imposible adelantar simultáneamente ambos procesos. Esta posición es similar a la expresada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2001 (...) en la cual expresó que la acción procedente para obtener la reparación del daño sufrido por una entidad estatal como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio era la acción de repetición y no la acción de responsabilidad fiscal. (...)De nuevo preguntamos nosotros: ¿tiene sentido que se pueda hincar al mismo tiempo todo este conjunto de acciones para obtener la reparación del mismo daño?, ¿podrá afirmarse que se trata de acciones distintas cuando finalmente su propósito es reparar un solo daño?, ¿tiene algún sentido correr el riesgo de decisiones contradictorias?”.

Dado que en la Constitución Política coexisten dos normas, a saber, los artículos 90 y 280 numeral 5. (éste en concordancia con el art. 267, inciso primero), que establecen sendas clases de responsabilidades de los servidores públicos para con las entidades estatales a que se encuentran vinculados, es preciso determinar la naturaleza y efectos de una y otra.

El artículo 90 de la Carta previene:

(...)

En este caso, la responsabilidad del agente deriva de su conducta dolosa o culposa que inflige un daño a terceros, por la cual debe el Estado satisfacer una indemnización y luego repetir contra su agente: es la responsabilidad civil del servidor público para con el Estado, originada en su conducta respecto de terceros. Solamente puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, según el artículo 78 del Código de la materia.

A su turno, el artículo 267 de la Constitución preceptúa que la Contraloría vigila la gestión fiscal «de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación». En seguida, el artículo 268, numeral 5 ibídem otorga competencia al Contralor para «Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.» Es la responsabilidad fiscal, originada en el manejo de fondos o bienes, o sea, en una conducta que recae directamente sobre los fondos o bienes confiados a la administración o custodia del servidor público, y que se resuelve en un saldo que la Constitución denomina «alcance». Esta especie de responsabilidad se establece mediante un acto administrativo de la Contraloría.

Desde esta perspectiva, considera la Sala que no le asiste razón a la apelante en sostener que el proceso de responsabilidad fiscal es una vía igualmente válida que la acción de repetición para perseguir la reparación del detrimento patrimonial infligido al Estado. **Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría (...)**” (Subrayado y resaltado fuera de texto) – Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero de Estado Ponente: Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia de 26 de julio de 2001. Expediente: 05001-23-31-000-1997-00655-01 (6620).

105.3.- Sumado a lo anterior, resulta evidente que las dos figuras se encuentran reguladas en normas distintas, esto es, el medio de control de repetición en la Ley 678 de 2001 y la responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000.

105.4.- Mientras el medio de control de repetición se tramita ante los jueces de esta jurisdicción – jueces de lo contencioso administrativo –, el proceso de responsabilidad fiscal se tramita ante autoridades administrativas.

II.6.- El caso concreto

106.- La Sala, teniendo en cuenta las anteriores premisas, procede a estudiar los argumentos expuestos por la Contraloría de Bogotá en su recurso de apelación, a través de los cuales sustentó la solicitud de revocatoria de la providencia proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

107.- Lo primero que debe advertirse es que la razón fundamental para que la autoridad judicial de primera instancia concediera la cautela solicitada radicó en que no resultaban aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.

108.- Resulta pertinente verificar, en los actos administrativos, como se emplearon las mencionadas presunciones.

108.1.- En el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017 se abordó el elemento subjetivo y al hacer referencia a los elementos de la responsabilidad fiscal, el ente de control fiscal se pronunció de la siguiente forma:

“(…) En cuanto a la conducta (…) La culpa es el elemento subjetivo por naturaleza, la disposición contenida en el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con la sentencia C-619 de 2002, estableció el legislador e interpretó la Corte, que en los procesos de responsabilidad fiscal en curso o en los futuros que se inicien en las Contralorías, la culpa desplegada por los agentes debe ser establecida a título de dolosa o gravemente culposa.

Razón por la cual se entiende que únicamente hay lugar a imputar responsabilidad fiscal cuando obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la actuación dolosa o gravemente culposa por parte del funcionario infractor, por ende, solo debe responder cuando su conducta entrañe dolo o culpa grave.

Así mismo, en la normatividad civil la culpa grave es proceder negligentemente o imprudentemente para el manejo de asuntos ajenos, en el que el autor si bien no quiere realiza (sic) el daño, se comporta como si lo quisiera. Es aquel descuidado e irresponsable

incumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde al funcionario, el agente no hace lo que sabe que debe hacer.

Es valedero tener en cuenta, las presunciones de dolo y culpa grave del agente público, según la ley 678 de 2001:

“ARTÍCULO 5°. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado

(...)

ARTÍCULO 6°. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones (...).”

Al ocuparse del elemento de culpa, este Despacho determina que aunado a lo anterior, en el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000, en concordancia con la sentencia C-619 de 2002, se estableció que el grado de culpabilidad a partir de la cual se podrá imputar responsabilidad fiscal sería el de culpa grave, razón por la cual se entiende que únicamente hay lugar a fijar responsabilidad fiscal cuando obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la actuación dolosa o gravemente culposa por parte del funcionario infractor, por ende, solo debe responder cuando su conducta entrañe dolo o culpa grave.

(...)

Sea lo primero ratificar lo expuesto por éste Despacho cuando se analizó las argumentaciones defensivas del implicado Diego Fernando Bravo Borda, en el sentido que en este trámite se cuestionan y reprochan los procesos de planeación desplegados por los implicados que antecedieron a la implementación del sistema de aseo de Bogotá, que en este caso puntual permitieron la compra de equipos especializados, más no en el proceso contractual que se desarrolló para adquirirlos. En virtud de lo anterior, la Contraloría no cuestiona en sí mismo los procesos contractuales ni la legalidad de los actos administrativos expedidos por las distintas autoridades del orden distrital para llevar la implementación del sistema de aseo en la Bogotá por no ser competentes para ello, sino que censura la falta de planeación y coordinación sistemática entre los distintos entes distritales que se vincularon a la implantación del nuevo sistema que a la poste (sic) terminó, en este caso concreto, en la compra de vehículos especializados que atenderían el 100% de la ciudad cuando está probado que solamente alcanzó a cubrir el 52%.

(...)

Luego entonces, reitera éste Despacho, propender e insistir por la compra de la flota compactadora para prestar el 100% del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá cuando el escenario presente en ese momento, tanto fáctico como jurídico, permitían prever que no lo hará en dicha proporción, fuerza concluir que dicha adquisición resultó sobredimensionada, que en sede responsabilidad fiscal se traduce en

que la compra de los equipos que no operaría la Empresa Aguas de Bogotá por no tener asignadas todas las zonas de la ciudad son daño patrimonial para el distrito capital, pues no es otra cosa que la palmaria muestra de irresponsabilidad con el recurso económico de la ciudad, pues no se trata de un error, un equivocación menos, se reprocha en esta investigación la compra del 48% de la flota de recolección de basuras que no se necesitaba, eso evidentemente no es un[a] apreciación subjetiva como de manera ligera lo afirma la defensa al quedarse sin argumentos serios para su trabajo, pues para éste órgano de control fiscal está demostrando con los hechos ocurridos que efectivamente se compró una flota que no se necesitaba.

(...)

Y es que ahora se pretende sustraer de la responsabilidad que le asiste, en el deber de cuidado que asume a quien como administrador, miembro y presidente de la junta directiva de una empresa se le nombra. Debe ser clara la Contraloría en este punto pues el aquí imputado presidente de la Junta Directiva no asistía allí en calidad de opinador, su papel de acuerdo con los estatutos de la compañía y en armonía con la legislación comercial vigente, es el de un verdadero administrador y como tal debe responder, más aun cuando su papel es protagónico, como en el presente caso.

(...)

Así las cosas, es claro que para este Despacho que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, actuando como Alcalde de la ciudad de Bogotá y miembro de la Junta Directiva de la EAAB E.S.P., determinó la suscripción de los contratos de suministros No. 106-26300-848-2012 y 106-26300-851-2012, sin que hubiera antecedido o agotado cabalmente el principio de planeación inherente a la contratación pública desconociendo lo previsto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que consecuentemente motivó la trasgresión de lo señalado en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, acción que se configura como el nexo causal, por lo que el implicado incurrió en una conducta gravemente culposa (...)”

108.2.- Luego, la Contraloría de Bogotá, en el auto de 12 de octubre de 2018 por el cual resolvió, entre otros, el recurso de reposición del hoy demandante, confirmando parcialmente la providencia recurrida, explícitamente señaló lo siguiente:

“(...) ESCRITO PRESENTADO POR EL DOCTOR DAGOBERTO QUIROGA COLLAZOS, APODERADO ESPECIAL DE GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO (...) Inexistencia de prueba que permita concluir que GUSTAVO PETRO actuó de manera dolosa o gravemente culposa: reitera que no obra prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la actuación y mucho menos de que esta haya sido dolosa o gravemente culposa toda vez que la Contraloría tuvo que presumirla tal y como lo preceptúa la Ley 678 de 2001, toda vez que es una norma inaplicable al caso concreto (...) Se fundamenta en que la Contraloría interpretó errónea y caprichosamente la sentencia de

la Corte Constitucional C-619 de 2002, al hacer extensible las presunciones de dolo y culpa de la acción de repetición al proceso de responsabilidad fiscal a pesar de que el legislador estableció diferentes supuestos fácticos para dichas presunciones; actuación que en su sentir se constituye en una vía de hecho. Refuerza su tesis citando providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca calendada 3 de noviembre de 2017 por medio del cual suspendió provisionalmente los efectos jurídicos del fallo No. 01 de 2016 proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 170100-0002-12, adelantado también en contra de Gustavo Petro, que señaló que entrándose de procesos de responsabilidad fiscal se debe remitir a lo reglado en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

(...)

Esta alejado de la realidad el recurrente al advertir en su escrito y usar como exculpación que el fallo cuestionado soportó todo su análisis en las presunciones de culpa grave establecidas en la ley 678 de 2001, aduciendo que las precitadas presunciones no tienen cabida en el juicio fiscal, esta es una argumentación falaz pues evidentemente este Despacho no motivo (sic) la declaratoria de fallo con responsabilidad fiscal de la forma en que se cuestiona, **pues las apreciaciones que se puedan hacer respecto de lo establecido en la acción de repetición se hacen de manera meramente ilustrativa y con el único objeto de tener un marco de referencia a la hora de calificar el elemento subjetivo en el marco del juicio de responsabilidad.**

Debe advertirse que existe identidad de objeto entre las dos instituciones jurídicas, esto es entre el proceso de responsabilidad fiscal y la acción de repetición, **por lo que resulta adecuado utilizar conceptos, definiciones y referencias lo que no significa que se hubiese utilizado para fundar el fallo o enmarcar el elemento conductual.**

A más de lo anterior, se debe indicar que resulta anti técnico decir que la contraloría debe fundar sus actuaciones en el marco de las presunciones establecidas en la Ley 1474 de 2011, esto reduciría la competencia para el cuidado de recursos fiscal (sic) solo a actos relacionados con el ejecución (sic) de recursos públicos por medio del uso del contrato Estatal. Lo que quiso el legislador al establecer el listado de presunciones en materia de responsabilidad fiscal, fue el definir y concretar el grado de calificación a determinar en algunos casos en particular, por lo que resulta inverosímil que el recurrente trate de limitar el ejercicio del control fiscal en sede de responsabilidad solo a ese pequeño y especializado listado (...).

108.3.- Finalmente el ente de control fiscal, en la Resolución núm. 2697 de 16 de noviembre de 2018, desató el recurso de apelación presentado en contra del Fallo con Responsabilidad Fiscal núm. 02 de 20 de octubre de 2017 y, en relación con el tema de controversia, destacó:

“(...) **TERCER ELEMENTO: Inexistencia de prueba que permita concluir que GUSTAVO PETRO actuó de manera dolosa o gravemente culposa.**

Manifiesta el recurrente que “... no obra prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la actuación y mucho menos de que esta haya sido dolosa o gravemente culposa toda vez que la Contraloría tuvo que presumirla tal y como lo preceptúa la Ley 678 de 2001, toda vez que es una norma inaplicable al caso concreto.

Se fundamenta en que la Contraloría interpretó errónea y caprichosamente la sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 2002, al hacer extensible las presunciones de dolo y culpa de la acción de repetición al proceso de responsabilidad fiscal a pesar de que el legislador estableció diferentes supuestos fácticos para dichas presunciones; actuación que en su sentir se constituye en una vía de hecho. Refuerza su tesis citando providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca calendada 3 de noviembre de 2017 por medio del cual suspendió provisionalmente los efectos jurídicos del fallo No. 01 de 2016 proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 170100-0002-12, adelantado también en contra de Gustavo Petro, que señaló que en tratándose de procesos de responsabilidad fiscal se debe remitir a lo reglado en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.”

(...)

En aras de desatar el problema jurídico planteado se deben hacer unas precisiones en cuanto a la culpa grave en materia fiscal de la siguiente forma:

1. El artículo 118 de la Ley 1474 del año 2011 reza:

(...)

Ahora bien, es necesario acudir a la definición de culpa grave establecida en el artículo 63 del Código Civil:

(...)

Una vez realizadas las anotaciones anteriores se puede determinar que le asiste la razón al recurrente en manifestar que las presunciones de la culpa grave se encuentran enumeradas en el artículo 118 de la Ley 1474 del 2011, pero no es menos cierto que le asiste razón al fallador de primera instancia en lo manifestado en el recurso de reposición:

*“Debe advertirse que existe identidad de objeto entre las dos instituciones jurídicas, esto es entre el proceso de responsabilidad fiscal y la acción de repetición, por lo que resulta adecuado utilizar conceptos, definiciones y referencias **lo que no significa que se hubiese utilizado para fundar el fallo o enmarcar el elemento conductual.**”*

Es decir, al momento de analizar el actuar del doctor Gustavo Petro desde la etapa precontractual, en el proceso de la orden de la compra del parque automotor de los compactadores, se comprueba su negligencia al momento de realizar la planeación, toda vez que en la justificación de la necesidad de la compra se manifiesta que los vehículos a adquirir por parte de la Administración Distrital serían utilizados para cubrir el 100% de la prestación del servicio de aseo.

Se debe mencionar que el resultado esperado para la ejecución del contrato al momento de realizar la planeación en ningún momento se logró cumplir, tan es así, que solamente se logró prestar un servicio de aseo en un porcentaje equivalente al 52% del servicio de aseo, en aras de ahondar en esta idea, es menester recordar que el restante 48% del servicio de aseo fue prestado por particulares, los cuales eran los antiguos prestadores del servicio de aseo del Distrito.

(...)

Este actuar negligente y omisivo frente al deber objetivo de cuidado por parte del señor Gustavo Petro permitió que se realizara la compra de los vehículos compactadores con la finalidad que el Distrito fuera el único encargado de la prestación del servicio de aseo, es decir, se actuó con negligencia al momento de no realizar una debida planeación, pues se vio en la obligación de contratar con los particulares.

Desde otro punto de vista, es claro que el señor Petro Urrego al tener conocimiento de los riesgos que se corrían al realizar la compra de los vehículos compactadores, pudo prever que se podrían presentar problemas al momento de aplicar el nuevo esquema de aseo, en este orden de ideas sí era factible evitar la ocurrencia de estos imprevistos a través de actos que estuvieran dirigidos a mitigar cualquier fuente de riesgo, lo cual nunca ocurrió, es decir, el señor Petro Urrego pese a saber que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, no tenía la experiencia ni la infraestructura tanto física como de personal para la ejecución del contrato.

Así las cosas, era totalmente previsible que a la EAAB le sería imposible realizar una adecuada prestación del servicio, máxime cuando no tenía ni siquiera el personal para operar los carros compactadores de basura y a sabiendas que los contratos prorrogados culminaban en menos de tres meses, se vio obligado a suscribir una nueva urgencia manifiesta.

Por lo tanto, la gravedad de la culpa que recae sobre el señor Petro Urrego, se deriva de su descuido, negligencia y falta de cuidado en el desempeño de sus funciones, en el caso de ser el Alcalde de la ciudad de Bogotá y Director de la Junta directiva (sic) de la Empresa Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (sic), situaciones que llevaron a la compra del parque automotor compactador, lo que conllevó a una merma patrimonial que ha sido detalladamente explicada por el Despacho (...)"

108.4.- Ahora bien, la Sala evidencia que en el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017, explícitamente se señala que "(...) *Es valedero tener en cuenta, las presunciones de dolo y culpa grave del agente público, según la ley 678 de 2001 (...)*". Sin embargo, la Contraloría de Bogotá es enfática en afirmar que cuando en el curso del control fiscal analizó la conducta del demandante, no hizo referencia de ningún tipo a tales presunciones.

108.5.- Reiterando el anterior planteamiento, expuso que de la lectura del contenido del Auto de 12 de octubre de 2018 y de la Resolución núm. 2697 de 16 de noviembre de 2018, se ratifica que la declaratoria de responsabilidad fiscal no se fundó en las presunciones que consagra la mencionada ley – artículos 5 y 6, Ley 678 de 2001 –.

108.6.- No obstante, lo anteriormente expuesto, la misma entidad demandada, en la contestación de la medida, reconoció que sí empleó, en particular, el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, y en tal sentido señaló:

“(…) Se evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben ser tratadas de la misma forma y por ello considero necesario graduarlas dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones. La culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico. Es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por esto que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como (se cita) (...) A la luz de lo anterior, si se analiza el actuar del doctor Gustavo Petro desde la etapa precontractual, en el proceso de la orden de la compra del parque automotor de los compactadores, se comprueba su negligencia al momento de realizar la planeación, toda vez que en la justificación de la necesidad de la compra se manifiesta que los vehículos a adquirir por parte de la Administración Distrital serían utilizados para cubrir el 100% de la prestación del servicio de aseo.

Se debe mencionar que el resultado esperado para la ejecución del contrato al momento de realizar la planeación en ningún momento se logró cumplir, tan es así, que solamente se logró prestar un servicio de aseo en un porcentaje equivalente al 52% del servicio de aseo, en aras de ahondar en esta idea, es menester recordar que el restante 48% del servicio de aseo fue prestado por particulares, los cuales eran los antiguos prestadores del servicio de aseo del Distrito.

Así mismo, le es imputable el detrimento fiscal al doctor GUSTAVO PETRO en el entendido de que este tuvo conocimiento previo de las posibles consecuencias que podrían presentarse para la ciudad de Bogotá, al momento de ordenar la compra del parque automotor que logra demostrar es que el doctor Petro Urrego quien tuvo conocimiento que al realizar la compra del tantas veces mencionado parque automotor, y que pese a esto, desplegó un actuar omisivo, en el entendido que pudo realizar acciones tendientes a verificar que efectivamente se pudiese solucionar el problema del manejo del aseo de la ciudad de Bogotá.

Este actuar negligente y omisivo frente al deber objetivo de cuidado por parte del señor Gustavo Petro permitió que se realizara la compra de

los vehículos compactadores con la finalidad que el Distrito fuera el único encargado de la prestación del servicio de aseo, es decir, se actuó con negligencia al momento de no realizar una debida planeación, pues se vio en la obligación de contratar con los particulares; con lo cual se evidencia de manera palmaria y ostensible que el actuar del Señor Petro fue culposos, sin que esto conlleve a presunción alguna. Lo anterior, toda vez que, en su calidad de Alcalde Local tenía conocimiento de los posibles riesgos en el momento de realizar la compra de los compactadores y posibles momentos de aplicar el esquema de aseo, teniendo en cuenta que era posible prever la ocurrencia de imprevistos a través de actos que permitieran su mitigación, lo cual nunca ocurrió, máxime cuando la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no contaba con la infraestructura física y de personal para ejecutar el contrato.

(...)

Indica lo anterior, que el demandante incurrió en culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho, a pesar que dentro de sus funciones como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., al tenor del Artículo 38 del Decreto 1421 de 1993, se encuentran las siguientes: (cita los numerales 1°, 3° y 20)

(...)

En idéntico sentido, preceptúa el Artículo 34 de la Ley 734 de 2002 que dentro de los deberes de todo servidor público se encuentran los siguientes: (cita los numerales 1°, 3° y 21)

(...)

Al respecto, es del caso recordar que al tenor del Artículo 6° constitucional, los servidores públicos, como es el caso del doctor Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, para la época de los hechos, son responsables ante las autoridades por “infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (...). Es dentro de este contexto que el Artículo 6° de la Ley 678 de 2001, aplicable por remisión expresa del Artículo 66 de la Ley 610 de 2000, es perentorio en señalar que **“la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”** (...). Así las cosas, si dentro de sus funciones como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., y Director de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para la época de los hechos, el actor debía cumplir la Constitución y las leyes, además de dirigir la acción administrativa, asegurando el cumplimiento de las funciones, **no cabe duda que al apartarse de tales postulados, y en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, instó a la Junta Directiva para realizar la compra del parque automotor, determinó de manera contundente la suscripción de dicha compra, que a la postre ocasionó un daño a las finanzas públicas de la ciudad e incurrió en una conducta gravemente culposa. Así lo estudió y determinó el fallo de segunda instancia proferido mediante resolución 2697 de 06 de noviembre de 2018, expedido por el Despacho del Contralor (...)**”.

108.7.- La Sala puede colegir, de la conexión entre lo expuesto en el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017 – en el que se indica que “(...) *Es valedero tener en cuenta, las presunciones de dolo y culpa grave del agente público, según la ley 678 de 2001 (...)*” – y la intervención de la Contraloría de Bogotá con ocasión de la solicitud de la medida cautelar, que el ente de control fiscal sí empleó el inciso primero del artículo 6° de dicha ley para efectos de encuadrar la conducta de aquel en ese grado de culpabilidad – culpa grave – por encontrarse en el supuesto que allí se regula consistente en que “(...) *La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones (...)*”.

108.8.- Nótese que el Fallo No. 02 de 20 de octubre de 2017 al hacer referencia a los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, aunque no cita los apartes relacionados con las presunciones de dolo y de culpa grave, efectivamente menciona los primeros apartes de dichas disposiciones en los que se indica cuándo una conducta es dolosa y gravemente culposa.

109.- Conforme con lo expuesto, está acreditado que la misma Contraloría de Bogotá empleó el artículo 6° de la Ley 678 de 2001 para el análisis de la conducta del demandante en el proceso de responsabilidad fiscal, y tal utilización, en criterio de esta Sala, no resultaba viable jurídicamente.

110.- Para sustentar la afirmación consistente en que tal obrar del ente de control resulta irregular, sea lo primero resaltar que el Capítulo VIII de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) estableció una serie de medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción, dentro de las que se encuentran modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal – Sección Primera –, regulando el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y modificando el régimen del procedimiento ordinario.

111.- Dentro de las medidas adoptadas por el legislador, aplicables a los procedimientos de responsabilidad fiscal ordinario y verbal, se encuentra la prevista en el artículo 118, la cual está relacionada con la determinación de la culpabilidad en este tipo de procesos de responsabilidad fiscal y cuyo contenido es del siguiente tenor:

“(...) ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales (...).”

112.- El artículo 105 de la Ley 1474 de 2011 – norma que es enunciada por la parte demandada como sustento de la remisión al artículo 66 de la Ley 610 de 2000 – hace parte de las disposiciones aplicables al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal regulado en esa ley – Ley 1474 de 2011 –. Esta norma señala que: *“(...) En los aspectos no previstos en la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal establecido en la presente ley (...).”*

113.- Significa lo anterior que los vacíos que se presenten en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal – regulado en la Ley 1474 de 2011 – deben ser llenados con la aplicación de la Ley 610 de 2000.

114.- En igual sentido, la Ley 610 de 2000 también prevé la remisión a otras fuentes normativas en el artículo 66, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. (...) En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (...)”.

115.- De manera que el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 prevé que el Código Contencioso Administrativo – hoy CPACA – es la primera normatividad de remisión para llenar los vacíos de los procedimientos ordinario y verbal de responsabilidad fiscal – en este último procedimiento, en caso de que la Ley 610 de 2000 no plantee una solución al vacío que eventualmente se presente en la aplicación de la Ley 1474 de 2011, puesto de acuerdo con el artículo 105 de esta última ley³⁴, en los aspectos no previstos se aplicará la Ley 610 de 2000.

116.- Para la Sala, atendiendo el hecho consistente en que los procedimientos ordinario y verbal de responsabilidad fiscal, como se indicó líneas atrás, tienen una naturaleza administrativa, es claro que las normas del procedimiento administrativo general regulado en el CPACA – Parte Primera – serán, entonces, las que servirán para llenar los vacíos que presenten las normas especiales – La Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 –, en tanto son aquellas las que son *“(...) compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal (...)”.*

117.- Cabe resaltar que este entendimiento de la norma de remisión se encuentra en consonancia con el artículo 2º del CPACA, disposición que al referirse a su ámbito de aplicación, indica lo siguiente:

“(...) Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos se les dará el nombre de autoridades (...) Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código (...)”.

³⁴ *“(...) Artículo 105. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal establecido en la presente ley (...)”*

118.- Con fundamento en la anterior premisa, y luego de revisar el procedimiento administrativo general regulado en el CPACA, se encuentra que ninguna de las normas que lo desarrollan hace referencia a presunciones ni a situaciones constitutivas de dolo o culpa grave.

119.- Nótese, adicionalmente, que la remisión autorizada por el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 no cubija la parte segunda del CPACA referido a la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues allí se regulan procedimientos de una naturaleza distinta, esto es, judiciales, y por ello no resulta posible la aplicación del artículo 142 del CPACA – pretensión de repetición –.

120.- Sumado a lo anterior, de aplicarse la tesis expuesta por la Contraloría de Bogotá, solo sería posible la remisión al contenido del artículo 142 del CPACA que únicamente define la pretensión de repetición y no consagra situaciones constitutivas de dolo o culpa grave, pues aquellas están establecidas en otra disposición de orden legal – Ley 678 de 2001³⁵ –, a la cual el CPACA no se refirió y, en ese sentido, si el legislador hubiera querido que la Ley 1474 de 2011 aplicara las situaciones y presunciones de dolo o culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001 así debió haberlo previsto expresamente.

121.- Por otra parte, no sobra agregar que si bien el medio de control de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal comparten ciertos elementos comunes³⁶, también es una realidad que se trata de mecanismos que, además de distintos, son autónomos e independientes.

³⁵ “(...) Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño (...)

³⁶ En particular que se trata de mecanismos para establecer la responsabilidad patrimonial y, de verificarse, ordenar la reparación del daño causado – no sancionatorios – y que son subjetivos en el sentido que para su configuración se requiere que la conducta del agente sea dolosa o gravemente culposa.

122.- En efecto, como lo indicó la Corte Constitucional³⁷, se trata de diferentes modalidades de responsabilidad puesto que en un caso se trata de la repetición en contra de un agente que ha generado un daño antijurídico y en la responsabilidad fiscal, aquella se deduce de la gestión fiscal.

123.- Siendo así las cosas, no resulta viable el traslado de conceptos ni de instituciones propias del medio de control de repetición a la responsabilidad fiscal, en tanto que la Ley 1474 de 2011 no estableció situaciones constitutivas de dolo y culpa grave en materia de prestación de servicios públicos –temática abordada en los actos acusados– y, además, las figuras jurídicas que allí se regulan resultan ser especiales frente a la naturaleza y particularidades de la responsabilidad fiscal, lo que significa que, de lo analizado hasta este momento del proceso, los actos administrativos acusados incurrieron en la aplicación indebida de la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.

124.- Lo anterior, igualmente, genera una violación del debido proceso administrativo – artículo 29 de la C.P. – en tanto la autoridad administrativa ha debido observar el principio de legalidad, esto es, someterse en el ejercicio del poder público al procedimiento regulado en el ordenamiento previamente en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, lo que implica que, en este específico aspecto, la Contraloría de Bogotá excedió el ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente le están asignadas – artículo 6° y 121 de la C.P. –.

125.- Sin embargo, se debe advertir que será la decisión judicial que ponga fin al proceso en donde se deberá analizar el alcance e incidencia real que la indebida aplicación del artículo 6° de la Ley 678 de 2001 tuvo en el proceso de responsabilidad fiscal decidido en los actos administrativos enjuiciados. Tal valoración definitiva se llevará a cabo, una vez se analicen, integralmente, el libelo de demanda, la contestación de la misma, las pruebas practicadas en el proceso, las respectivas alegaciones de conclusión y, especialmente, el total contenido de los actos acusados, pues lo que se encuentra por parte de esta Sección, en esta etapa inicial del proceso, es que, en acápites del contenido de estos últimos, se emplearon disposiciones de un régimen distinto al que debía aplicarse en el caso concreto, esto es, el relativo a la responsabilidad fiscal.

³⁷ Corte Constitucional, C-309 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

126.- Esta Sección, adicionalmente, quiere advertir sobre los efectos que la aplicación de los actos administrativos acusados puede tener en los derechos políticos del ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego.

127.- Si bien es cierto, como lo expresa la Contraloría de Bogotá y se ha expuesto en esta providencia, que la responsabilidad fiscal es patrimonial y no sancionatoria y que los actos administrativos, en consecuencia, no establecen limitación alguna a los derechos políticos del demandante, en particular el derecho a “(...) *elegir y ser elegido* (...)” – artículo 40, numeral 1°, de la C.P. –, la aplicación de los mismos si conlleva limitaciones en los mismos.

128.- Al respecto, cabe indicar que el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 establece como una de las inhabilidades para desempeñar cargos públicos, la consistente en “(...) 1.- *Haber sido declarado responsable fiscalmente* (...) *Parágrafo 1° Quién 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* (...)”.

129.- En la medida en que el trámite de este proceso apenas está iniciando y que eventualmente podría surtirse en dos instancias, no puede aceptarse que mientras se decide de fondo esta controversia, estén surtiendo efectos actos administrativos que, en un análisis inicial de la controversia, presentan contenidos que resultan contrarios al ordenamiento jurídico, los cuales pueden afectar, en forma irreversible, el derecho fundamental a elegir y ser elegido – artículo 40, numeral 1°, de la C.P. –, eventualidad que puede remediarse con la suspensión provisional de aquellos, mientras esta jurisdicción decide, en forma definitiva, si se encuentran o no ajustados a las normas que le debieron servir de fundamento.

II.7.- Conclusión

130.- La Sala estima, en un análisis inicial de la controversia, que se pudo evidenciar que los actos administrativos acusados trasgredieron los artículos 6°, 29 y 121 de la C.P. y las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, al emplear, en algunos de sus acápites, disposiciones de un régimen distinto, esto es, el que regula la repetición a los servidores públicos, teniendo en cuenta que el régimen que integralmente debía aplicarse en el caso concreto era el relativo a la responsabilidad fiscal.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 1° de agosto de 2019, proferido por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia judicial.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Según lo consignado en el acta de la sesión de la fecha, se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día de hoy y firmada por los integrantes de la Sección el día.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P(4)