

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B**

Bogotá D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

**Magistrado ponente:** ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS  
**Radicación:** 25000-23-41-000-2019-00371-00  
**Demandante:** GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO  
y OTROS  
**Demandado:** CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO  
**Asunto:** SENTENCIA, PRIMERA INSTANCIA  
**Tema:** RESPONSABILIDAD FISCAL

Decide la Sala la demanda presentada por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego y otros, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra de la Contraloría Distrital de Bogotá.

**I. ANTECEDENTES**

**1) Pretensiones**

Los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón solicitaron declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16:

a) Fallo con responsabilidad fiscal número 03 del 20 de octubre de 2017, proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D. C.

b) Auto del 12 de octubre de 2018, mediante el cual la mencionada dirección resolvió los recursos de reposición.

c) Resolución número 2698 del 16 de noviembre de 2018, proferida por el contralor de Bogotá D. C., a través de la que, se surtió el grado de consulta y se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el fallo de responsabilidad fiscal.

A título de restablecimiento del derecho, la parte actora pretende lo siguiente:

3.2.1. Se deje sin efecto la condena impuesta a mis mandantes en el artículo primero del Fallo con responsabilidad fiscal No. 3 del 20 de octubre de 2017, de pagar en forma solidaria, la suma de SETENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS pesos (\$75.483.476.342) moneda corriente

3.2.2. Se deje sin efecto la condena impuesta a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en el artículo segundo del Fallo con responsabilidad fiscal No. 3 del 20 de octubre de 2017, de pagar en forma solidaria, la suma de VEINTIDOS MIL CIENTO SETENTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO pesos (\$22.170.697.778) moneda corriente.

3.2.3. Se deje sin efecto la inclusión de los actos impugnados en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República y en el registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación, en relación a mis poderdantes.

3.2.4. Declarar que BOGOTA D.C. Contraloría de Bogotá es responsable por los perjuicios morales y materiales causados a mis poderdantes con los actos administrativos demandados de conformidad con los argumentos que presentaré en la presente demanda.

3.2.5. Ordenar a BOGOTA D.C. - Contraloría de Bogotá pagar a título de indemnización por daños y perjuicios morales y materiales la sumatoria de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS moneda legal (\$ 250.000.000.00) en el caso de GUSTAVO PETRO, CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS moneda legal (\$150.000.000.) en el caso de MARIA MERCEDES MALDONADO, CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS moneda legal (\$150.000.000.) en el caso de ALBERTO JOSÉ MERLANO

ALCOCER y CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS moneda legal (\$150.000.000.) en el caso de GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN.

3.2.6. Que se decrete la medida cautelar de SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos de los actos administrativos acusados, conforme a los razonamientos esbozados en la petición debidamente sustentada, en escrito separado que anexo a la presente demanda.

3.2.7. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

## **2) Hechos**

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante narró en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

Sostuvo que el Concejo de Bogotá D. C. mediante Acuerdo 489 de 2012 adoptó el Plan Distrital de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas y el Plan Plurianual de Inversiones para Bogotá D.C. para el período 2012-2016, y en su artículo 30 para establecer el "Bogotá Basura Cero", se establecieron acciones dirigidas a minimizar el impacto de escombros y residuos sólidos.

Manifestó que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de alcalde de Bogotá, profirió el Decreto 564 de 2012, por el cual se "adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 del 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012". En su artículo 2 se señaló:

ARTÍCULO 2º.- Esquema Transitorio del Servicio de Aseo. En cumplimiento de lo ordenado en los autos 275 del 2011 y 084 de 2012 de la Honorable Corte Constitucional, se adopta para la ciudad de Bogotá, de manera transitoria, el esquema de prestación del servicio público de aseo contenido en el presente decreto con el fin de garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero establecido en el Acuerdo No. 489 de 2012, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C. 2012-2016, y atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora, así como para garantizar la continuidad del servicio en condiciones de calidad y sin discriminación para la totalidad de los habitantes de la ciudad y asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones de prestación, coordinación, supervisión y control del servicio atribuidas por la Constitución Política y la Ley al Distrito Capital.

PARÁGRAFO. La transitoriedad del esquema adoptado en el presente decreto se extiende hasta la fecha en la cual se adjudiquen, mediante licitación pública, contratos de concesión del servicio público de aseo según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Refirió que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con fundamento en quejas recibidas donde informaban sobre la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de la prestación del servicio de aseo en Bogotá, ordenó el inicio de una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de presuntas conductas anticompetitivas.

Señaló que mediante Resolución 25036 del 21 de abril de 2014, la mencionada superintendencia declaró que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB ESP y la Empresa Aguas de Bogotá SA ESP, actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, al diseñar e implementar el sistema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá D. C., con lo cual se desconoció lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia.

Precisó que la SIC, a través de Resolución 25036 del 21 de abril de 2014 confirmada por Resolución 53788 del 3 de septiembre de 2014, resolvió imponer una sanción pecuniaria a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP, por un valor de \$61.600.000.000 y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) por valor de \$17.864.000.000 a Aguas de Bogotá SA ESP, por un valor de \$2.217.500.000.

Mencionó que, el 1º de enero de 2016 se posesionó el nuevo alcalde de Bogotá y, la nueva administración procedió a adelantar los trámites para el pago de las multas a través de la EAB y la UAESP, pagos realizados a pesar de tener conocimiento de la falta de exigibilidad y ejecutoria del título ejecutivo.

Sostuvo que, con fundamento en el pago anticipado de las sanciones pecuniarias de la SIC, el 31 de marzo de 2016, la Contraloría de Bogotá profirió auto de apertura de investigación fiscal contra los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, Alberto Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón y María Mercedes Maldonado, en

cuantía de \$91.949.859.922 correspondiente al valor de las mismas más los intereses causados.

Precisó que surtidas todas las actuaciones procesales, posteriormente con el fallo número 03 del 20 de octubre de 2017, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D. C. impuso a los miembros de junta directiva sancionados de la EAB ESP, la obligación de pagar una suma en total y solidariamente de \$75.483.476.342 moneda legal y, a los miembros sancionados de la UAESP ESP, la obligación de pagar una suma en total y solidariamente de \$22.170.697.778 moneda legal.

Señaló que mediante auto del 12 de octubre de 2018, se resolvió el recurso de reposición, confirmando el fallo con responsabilidad fiscal y revocando a las compañías aseguradoras.

Expuso que mediante Resolución 2698 del 16 de noviembre de 2018, el contralor de Bogotá al resolver el recurso de apelación formulados por los sujetos implicados en el fallo de responsabilidad fiscal, confirmó lo decidido.

### **3) Normas violadas y concepto de la violación**

La parte demandante sostuvo que se vulneraron las siguientes disposiciones jurídicas:

- a) Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 23.
- b) Constitución Política de Colombia: Artículos 4º, 6º, 29, 267 y 268.
- c) Ley 1437 de 2011: Artículo 3º.
- d) Ley 42 de 1993: Artículos 9º y 11.
- e) Ley 610 de 2000: Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 16, 22, 23, 36, 40, 47, 48 y, 53.
- f) Ley 678 de 2001: Artículos 5º y 6º.
- g) Ley 1474 de 2011: Artículos 118 y 125.

En explicación de ese quebranto normativo planteó con la demanda los siguientes motivos de censura:

**3.1. Primer cargo:** Violación al debido proceso “vía de hecho por defecto sustantivo” por aplicación indebida de una norma, al imputar responsabilidad fiscal con fundamento en norma inaplicable al caso concreto.

La parte actora indicó que el sustento normativo y fáctico decantado en el fallo con responsabilidad fiscal en cuanto presunción de culpa grave para imputar y fallar que como responsables fiscales, se refiere a tres particulares elementos: i) Distinción procesal entre presunciones de culpa grave en el ordenamiento colombiano, ii) el defecto material y sustantivo que se deriva de aplicar norma inaplicable y, iii) radiografía argumentativa de la demandada para presumir culpa grave desde una norma inaplicable.

Manifestó que la Contraloría de Bogotá incurrió en un defecto sustantivo, por aplicación indebida de la norma, por cuanto la imputación y declaración de responsabilidad fiscal debe surtirse con estricta sujeción a lo dispuesto en las normas que regulan la materia.

Señaló que el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 establece que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal debe ser el dolo o la culpa grave, y, para esta última, la norma limita su ocurrencia a 5 causales taxativas.

Mencionó que, la Ley 678 de 2001 contempla 4 causales para establecer la culpa grave del agente del Estado, para efectos de la acción de repetición, es decir, para un régimen de responsabilidad diferente.

Refirió que tal distinción fue acogida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en providencia de “3 de noviembre de 2017”, dictado dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12, seguido contra el ex alcalde del Distrito Capital Gustavo Francisco Petro Urrego.

Adujo que en dicha providencia se señaló que cuando la imputación y el fallo en el proceso de responsabilidad fiscal tienen como

fundamento la aplicación de la presunción de culpa grave, deben sustentarse en lo establecido en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 y no en la presunción de culpa grave del artículo 6º de la Ley 678 de 2001, pues los eventos de presunción allí señalados solamente son aplicables a la acción de repetición.

Precisó que la aplicación de la presunción de culpa grave en los actos acusados debió sustentarse en lo previsto en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, pues el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, invocado como fundamento de la responsabilidad fiscal, solo resulta aplicable a la acción de repetición.

Destacó que la decisión acusada no se sustenta en criterios jurídicos sino en interpretaciones caprichosas de la entidad demanda, tampoco se fundamentó en pruebas de las cuales se pueda deducir que se actuó bajo una conducta dolosa o gravemente culposa, de la que, se pueda derivar algún tipo de responsabilidad.

**3.2. Segundo cargo:** Violación al debido proceso por fundamentar un presunto daño patrimonial en actos administrativos sin fuerza ejecutoria y en consecuencia sin la condición de exigibilidad y/o prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño cierto al patrimonio público, como lo exige el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

La parte demandante indicó que el sustento normativo y fáctico decantado en el fallo con responsabilidad fiscal, en cuanto la materialización del daño imputado a los demandantes es incierto, en razón a la falta de ejecutoriedad del acto administrativo que sirve de título ejecutivo, lo cual amerita señalar en el análisis 2 particulares elementos: i) falta de ejecutoriedad de los actos administrativos que dieron origen al presente caso y, ii) daños o efectos económicos inciertos en la implementación del nuevo esquema de aseo para Bogotá en el año 2012.

Adujo que, la Superintendencia de Industria y Comercio inició proceso de cobro coactivo y libró mandamiento de pago contra las entidades y contra los funcionarios directivos de las entidades por el valor de las multas impuestas mediante las Resoluciones 25036 de 21 de abril y 53788 de 3 de septiembre de 2014.

Añadió que las entidades y los funcionarios multados formularon las excepciones de "interposición de demandas de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo" y "falta de ejecutoriedad del título" contra los mandamientos de pago en los respectivos procesos de cobros coactivos.

Precisó que, las resoluciones que sirvieron de fundamento para que la Contraloría iniciara el proceso de responsabilidad fiscal perdieron fuerza ejecutoria en razón de la demanda interpuesta contra las mismas.

Expuso que la administración del alcalde Gustavo Francisco Petro Urrego se abstuvo de efectuar el pago de las multas hasta tanto las acciones nulidad y restablecimiento del derecho –las cuales enlistó– se decidieran en forma definitiva contra los actos que constituían título ejecutivo en los procesos de cobro coactivo.

Resaltó que fue bajo la administración del alcalde Enrique Peñalosa –que se posesionó el 1º de enero de 2016–, quien sin considerar la pérdida de la fuerza ejecutoria de las resoluciones que impusieron las multas y que sirvieron de título ejecutivo en los procesos de cobro coactivo, procedió a ordenar de manera apresurada el pago de las multas para el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP).

Manifestó que, con fundamento en dicho pago, la Contraloría de Bogotá, asimilando la imposición de las multas a una condena, como si se tratara de una acción de repetición, ordenó de inmediato la apertura del proceso de responsabilidad fiscal que culminó con la declaratoria de responsables fiscales de los demandantes.

Expuso que, si la alcaldía procedió a pagar las multas, sin estar en firme los actos administrativos, se está ante un pago indebido; por lo que, la Contraloría debió solicitar la devolución de dichos valores, como quedó establecido en la cuantificación del daño que hizo el fallo, donde se pudo establecer que:

- El pago efectuado por la EAB E.S.P., por concepto de la sanción impuesta por la SIC, se realizó el día 4 de marzo de 2016, mediante consignación N° 65837052-1 del Banco de Bogotá,



formalizado mediante recibo de caja N°16-0021671 de fecha 7 de marzo de 2016.

- El Pago efectuado por la UAESP, por concepto de la sanción impuesta por la SIC se realizó el día 29 de enero de 2016, según recibo de caja N°16-009606 del 3 de febrero de 2016.

Insistió en que el pago efectuado es indebido, el cual no fue realizado por los imputados por la contraloría demandada en el proceso de responsabilidad de que trata esta acción: por tanto, lo procedente debe ser la solicitud de reintegro de las sumas pagadas porque se actuó sin sustento jurídico.

**3.3. Tercer cargo:** Violación al debido proceso por vía de hecho por un defecto procedimental y orgánico, cuando arrogándose competencias de lo contencioso administrativo, deriva la responsabilidad fiscal en una violación a la constitución y la ley y no en una conducta en el marco del ejercicio de gestión fiscal.

La parte demandante sostuvo que, el fallo de responsabilidad fiscal y los actos confirmatorios del mismo tienen como fundamento, una presunta conducta grave atribuida a los demandantes, bajo el sustento del diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá D. C., desconociendo lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la libre competencia.

Expuso que, en ese orden, los actos administrativos acusados tienen como fundamento una presunta conducta grave atribuida a ellos en calidad de alcalde Mayor de Bogotá y miembros de la Junta Directiva de la EAAB, con ocasión del diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en el Distrito Capital, que es contrario al marco normativo sobre servicios públicos y libre competencia.

Resaltó que, la Contraloría de Bogotá incurrió en una indebida interpretación de las normas, pues confundió el sistema control del principio legalidad de los actos administrativos, cuya competencia radica exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa, con el sistema de control de legalidad que ejercen las contralorías en su función de vigilancia de la gestión fiscal, el cual según el artículo 11 de la Ley 42 de 1993 se define como la comprobación que se hace

de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Agregó que, ninguno de estos cuatro componentes centrales del debate fue abordado en el fallo a pesar de haber sido presentado en los argumentos de la defensa, con el rigor que impone el ordenamiento jurídico. Precisó que, la contraloría omitió hacer el análisis de los argumentos propuestos por la defensa y se limitó a insistir de manera poco clara en sus apreciaciones del auto de imputación.

Mencionó que la imputación es violatoria de las normas superiores porque confunde el control del principio legalidad que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa con el control de legalidad que ejercen las contralorías, en ejercicio de la función de vigilancia de la gestión fiscal.

Destacó que, la contraloría hizo juicio de legalidad y de constitucionalidad incurriendo en "vía de hecho de defecto procedimental" al declarar responsables fiscales a los demandantes confundiendo su rol de control fiscal con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía, violando el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011. Se evidencia cuando afirma la Contraloría:

Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012...

...resulta probado para el despacho el desconocimiento abierto, público e innegable del señor Gustavo Francisco Petro Urrego como Alcalde Mayor de Bogotá y como miembro de la Junta Directiva, de la libre competencia y como consecuencia, el desconocimiento de lo dispuesto el artículo 365 de la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, lo que derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC mediante Resoluciones No. 25036 del 21 de abril de 2014 y N° 53788 del 3 de septiembre del 2014... ocasionando el efecto económico adverso, constitutivo de daño patrimonial...

Indicó que, la Contraloría de Bogotá se atribuyó la competencia del órgano judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, al pretender derivar los efectos económicos adversos que dan origen a

la responsabilidad fiscal, de la presunta vulneración de normas contenidas en la Constitución y en la ley.

Recordó que, el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011 establece que cuando en ejercicio del control de legalidad, la Contraloría advierta el quebrantamiento del principio de legalidad, solamente tiene competencia para promover las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades competentes y solicitar las medidas cautelares que considere necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público.

Adujo que, hizo un juicio de legalidad y de constitucionalidad incurriendo en vía de hecho de defecto procedimental al declarar responsables fiscales a los demandantes, pues confundió su rol de control fiscal con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía, violando el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

**3.4. Cuarto cargo:** Violación al debido proceso por infracción de las normas en que debe fundarse el proceso de responsabilidad fiscal. Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

La parte demandante sostuvo que, los actos administrativos violan de manera evidente y ostensible las normas en que debe fundarse la responsabilidad fiscal, por cuanto la imputación no está fundamentada en la demostración precisa de cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, sino en interpretaciones arbitrarias que desbordan la facultad interpretativa, incluso recurriendo a la aplicación indebida de norma no aplicable.

Recordó los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, así como la naturaleza jurídica y finalidad de dicho procedimiento administrativo.

Afirmó que la imputación de responsabilidad fiscal debe hacerse a partir de la demostración precisa de cada uno de los elementos constitutivos definidos en la ley, con fundamento en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso, que conduzcan con certeza a la existencia del daño al erario, ocasionada por una conducta calificada como grave, atribuida a un servidor en ejercicio de actividades comprendidas dentro de la esfera de la gestión fiscal.

Mencionó que, la contraloría demandada vulneró su derecho al debido proceso porque no demostró la culpa grave como elemento constitutivo de la responsabilidad fiscal, sino que decidió aplicar normas ajenas al procedimiento.

Añadió que, tampoco se acreditó que se hubiesen ejercido actividades de gestión fiscal por parte de los miembros de la junta directiva de la EAAB o de la UAESP, entendidas como la función administrativa por medio de la cual los servidores públicos ejecutan labores relacionadas con la ejecución del gasto o inversión de recursos públicos.

Refirió que, el fallo describe de manera incoherente, como conducta reprochable, algunas actividades del ex alcalde, que de ninguna manera encuadran dentro de lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como propias de la gestión fiscal, ni tampoco pueden considerarse como generadoras directas del presunto daño.

Destacó que, el pago de las multas que dio origen al proceso de responsabilidad fiscal no fue ordenado por el ex alcalde Gustavo Francisco Petro Urrego ni por la Junta Directiva de la EAB ESP, quienes tenían claro que los actos que impusieron la multa no estaban en firme por haber sido demandados en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, por tanto, no contenían una obligación clara, expresa y exigible.

Precisó que, dicho pago fue efectuado por la administración distrital dirigida por el alcalde Enrique Peñalosa; por lo que, si la materialización del daño se sustentó en el valor de las multas pagadas, como lo consideró la contraloría demandada, entonces el fallo de responsabilidad fiscal debió recaer no sobre quienes se abstuvieron de dicho pago, sino sobre quienes lo efectuaron.

Expuso que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha señalado de manera reiterada que las multas impuestas por la superintendencia no constituyen daño antijurídico y, en todo caso, el pago que originó la investigación se efectuó al tesoro de la superintendencia; por lo que no se puede alegar que salió del erario.

---

<sup>1</sup> Citó sentencias C-340 de 2007 y C-619 de 2002.

Mencionó que, la contraloría demandada ignoró alarmantemente que la conducta nunca fue hallada o individualizada objetivamente, el daño no constituyó ser objeto antijurídico y, si es el caso de ser considerado así, este no fue con ocasión a la voluntad de los demandantes sino a la administración irregular de los funcionarios de la administración distrital posterior a la del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, por lo que no existe nexo causal.

Finalmente, para la estimación razonada de los perjuicios ocasionados, la parte demandante hizo referencia a los gastos para el pago de los servicios jurídicos para la defensa en los procesos adelantados por la SIC, proceso de responsabilidad fiscal y procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos por la contraloría cuestionada, lo cual es sumariamente verificable en las actuaciones de la defensa en los procesos ante el ente de control y en el presente proceso.

Agregó que, además han debido soportar, sin estarlo, como daños morales, la afectación sufrida de bienes no patrimoniales (dolor antijurídico), impacto emocional negativo que han afectado su derecho a la dignidad, dado que las actuaciones tanto de la SIC como de la contraloría demandada los han expuesto ante la opinión pública a través de los medios de comunicación como personas que han ocasionado perjuicios al patrimonio de la nación poniendo en duda sus capacidades profesionales y éticas por lo cual se han visto afectados en su dignidad, además del impacto emocional en el entorno académico y universitario de la señora María Mercedes Maldonado Copello.

Precisó que, como reconocimiento para compensar los daños antijurídicos morales y materiales sufridos como consecuencia del proceder del Estado, solicitaba una condena por perjuicios materiales correspondientes al daño emergente entendido como una disminución patrimonial concreta sufrida por gastos de honorarios y una condena por concepto de perjuicios morales de conformidad con criterios establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

#### **4. Trámite**

##### **4.1. La admisión y medida cautelar**

Mediante auto del 7 de junio de 2019 se admitió la demanda y, en consecuencia, se ordenó la notificación del contralor de Bogotá y al agente del Ministerio Público (ff. 335 a 337, c. ppal.)

A través de providencia del 3 de septiembre de 2019, se resolvió la medida cautelar (ff. 77 a 115, c. medida cautelar).

En esta decisión se decretó parcialmente la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados. Adicionalmente, se dispuso:

2º) Ofíciase a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la República para que tomen nota de la suspensión de la inhabilidad que recae sobre los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón como consecuencia de la responsabilidad fiscal de que tratan los actos administrativos suspendidos, en sus respectivos sistemas de información de registro de sanciones e inhabilidades.

La decisión anterior fue apelada ante el superior por la Contraloría de Bogotá, por lo que, con auto del 20 de septiembre de 2019 se concedió en el efecto devolutivo ante el superior (f. 142, ibidem).

Mediante auto del 26 de junio de 2020, el Consejo de Estado decidió el recurso anterior, confirmando el proveído recurrido (ff. 2 a 27, c. apelación).

## **5. Contestación de la demanda de la Contraloría Distrital de Bogotá**

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues consideró que no emitió sanción alguna en contra de los demandantes, ni mucho menos atentó contra los derechos políticos de éstos, toda vez que todos los efectos accesorios a la determinación de la responsabilidad cesan inmediatamente una vez se realice el resarcimiento pleno del daño.

Indicó que, la permanencia de los declarados fiscalmente responsables en el Boletín de Responsables Fiscales de que trata el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 dependerá del tiempo que tarden

en reparar las finanzas públicas, disminuidas con ocasión a su inadecuada gestión fiscal tal como ocurrió en el caso de autos.

**5.1.** En relación con el **primer cargo** por la “vulneración al debido proceso por aplicación indebida de una norma”, sostuvo:

La parte demandante pretende descontextualizar el tema de la litis, porque se está distorsionando una falencia eminentemente formal del fallo de primera instancia que fue aclarada por el *ad quem* al momento de resolver el recurso de apelación sobre la “supuesta aplicación indebida de la Ley 678 de 2001”; esto, para alegar una vulneración al debido proceso que jamás existió.

Resaltó que, el artículo 66 de la Ley 610 de 2000<sup>2</sup> hace la remisión en los aspectos no previstos por la mencionada norma, en primer lugar a la Ley 1437 de 2011, la cual incluye como medio de control el de repetición en su artículo 142. Advirtió que, el citado artículo 66 de la Ley 610 de 2000, consagra que para ser jurídicamente posible la remisión a la Ley 1437 de 2011, las disposiciones aplicables -por remisión- deben ser compatibles con la naturaleza de este proceso.

Precisó que, 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.

Expuso 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

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 66. REMISION 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.

hecho de manejar o administrar recursos o fondos públicos tendientes al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Consideró que 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 la Ley 1437 de 2011, 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. Citó la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional.

Recordó que, luego de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, la antes denominada acción de repetición, goza de autonomía, como lo prescribe el artículo 142 de este estatuto. Esto, para destacar 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 de quienes con su conducta generan tal detrimento.

Destacó que, como la norma rectora del proceso de responsabilidad fiscal -Ley 610 de 2000 modificada por la Ley 1474 de 2011- no contempló los eventos de presunción de culpa grave o dolo para determinar la culpabilidad -en los casos en que el gestor fiscal no está relacionado con el proceso contractual ni con el pago de emolumentos económicos propios de la función pública- se debe acudir por disposición expresa del artículo 66 de la Ley 610 de 2000, en primer término, a la Ley 1437 de 2011, norma esta que en su artículo 142 incluyó el medio de control de repetición.

Refirió que tal medio de control se encuentra desarrollado por la Ley 678 de 2001, la cual tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia o del llamamiento en garantía con fines de repetición, precisando que, tal como ocurre con la Ley 610 de 2000, además del elemento objetivo para la determinación de la responsabilidad patrimonial, se requiere del elemento subjetivo de la misma, que lo es el dolo o la culpa grave.



Hizo referencia a la naturaleza jurídica del medio de control de repetición, para resaltar que, la Ley 610 de 2000, mediante su artículo 66 sí permite la remisión al artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, que consagra el medio de control de repetición -regulado, para efectos de su determinación, por la Ley 678 de 2001-.

Agregó que entre este medio de control y la acción de responsabilidad fiscal existe, por disposición legal e interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>3</sup>, similitud en cuanto a su finalidad y los principios rectores que la orientan; por lo que, es del caso 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.

Señaló que el Consejo de Estado<sup>4</sup> destacó que las presunciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, aplicables por remisión del artículo 66 de la Ley 610 de 2000, a los procesos de responsabilidad fiscal, no constituyen violación del debido proceso, enfatizando, además, que son un medio indirecto para alcanzar la verdad y configuran un criterio que el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho conocido y cierto.

Agregó que, además, en el presente caso a pesar de haberse citado las presunciones de culpa grave o dolo de la Ley 678 de 2001, estas no se aplicaron pues de haberse hecho, el fallo habría determinado el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal (culpa grave) por falta de pruebas que evidenciaran el actuar diligente y cuidadoso de los demandantes en los hechos que generaron la imposición de las multas, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues el efecto práctico de la aplicación de una presunción es la inversión de la carga de la prueba, lo cual implica que ya no es menester del Estado probar el actuar doloso o gravemente culposo de los encartados, sino que son éstos los que deben acreditar el actuar diligente y acorde a derecho para librarse de la consecuencia propia de la presunción.

Mencionó el contenido del fallo de responsabilidad fiscal cuestionado, para destacar el actuar gravemente culposo atribuible al señor

---

<sup>3</sup> Citó la sentencia SU-620 de 1996.

<sup>4</sup> Citó la sentencia del 3 de agosto de 2017, dictada por la Sección Tercera, magistrada ponente Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 76001-23-31-000-2009-00252-01 (42777).

Gustavo Francisco Petro Urrego y de los demás demandantes como miembros de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá SA ESP.

Precisó que la determinación de la culpa grave atribuida a los hoy demandantes, no se debió a una interpretación absurda o a una aplicación grosera ni indebida de las presunciones de culpa grave o dolo contenidas en la Ley 678 de 2001, sino que fue consecuencia de la valoración de las pruebas allegadas a la investigación específicamente del texto contenido en las actas de Junta Directiva 2480 del 5 de septiembre, 2482 del 2 de octubre y 2483 de 12 de octubre de 2012 y las diferentes intervenciones públicas hechas sobre el particular.

Consideró que en ningún momento se aplicaron las presunciones de la Ley 678 de 2001, ni mucho menos se invirtió la carga de la prueba, tanto que en ninguna parte del texto la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva utiliza términos referentes a la falta de prueba de la inocencia o del actuar diligente y adecuado de los actores, para endilgarles un actuar gravemente culposo en los hechos que originaron el daño objeto del proceso de responsabilidad fiscal.

**5.2.** En relación con el **segundo cargo** por la “vulneración al debido proceso por imputar la responsabilidad fiscal en actos administrativos sin fuerza ejecutoria”, la demandada mencionó lo siguiente:

Expuso que carece de todo fundamento el señalamiento hecho en la demanda respecto a la supuesta aplicación indebida de la Ley 678 de 2001, cuando queda absolutamente probado que la alusión hecha a dicha norma solo se realizó a “título explicativo y como consecuencia de la interpretación sistemática”, necesaria para llenar el vacío que sobre el particular tiene la Ley 610 de 2000.

Refirió que, frente a la presunta vulneración al debido proceso por imputar la responsabilidad fiscal en actos administrativos sin fuerza ejecutoria, tal afirmación carece absolutamente de fundamento pues las normas que invocó la parte demandante para justificar la falta de pago de las multas, solo aplican para el trámite del proceso coactivo, en atención a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

Adujo que, las "...Resoluciones Nos. 25036 y 53788 de 2014, mediante las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, quedó plenamente ejecutoriada al día siguiente a la notificación de la Resolución No. 53788 de 2014, por la cual se resolvió el recurso de reposición impetrado, situación que generó que quedaran revestidas de la presunción de legalidad y que su contenido se hiciera exigible inmediatamente y la orden de pago debía cumplirse dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria en los términos del parágrafo del artículo segundo del referido acto administrativo".

Señaló que una cosa es que el acto administrativo sea de obligatorio cumplimiento en los términos del artículo 89 de la Ley 1437 de 2011 y otra, que su importe se deba lograr en sede del cobro coactivo, pues dicha actuación sólo se inicia en los casos de renuencia del obligado, pero el hecho que se hayan impetrado las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que sirven de título ejecutivo no le quita la obligatoriedad al mismo, sino que su efecto no es otro que la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares.

Indicó que la única forma de suspender los efectos vinculantes del acto administrativo, es el decreto de la suspensión provisional de los efectos del mismo como medida cautelar, de lo contrario el acto sigue siendo de obligatorio cumplimiento y generando intereses moratorios, razón por la cual claramente, los actos en virtud de los cuales se determinó el caso de autos estaban en firme y eran de obligatorio cumplimiento porque se encontraban debidamente ejecutoriados.

Manifestó que, si bien las decisiones no podían ser ejecutadas en sede coactiva hasta tanto no se resolvieran las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que servirían de soporte a la ejecución, también lo es que al estar debidamente ejecutoriados y al haberse impetrado y resuelto los recursos en sede administrativa, el contenido de los mismos era de obligatorio cumplimiento para las entidades afectadas, desde el día siguiente a la notificación de la decisión que resolvió el recurso de reposición.

**5.3.** En cuanto al **tercer cargo** por la “vulneración al debido proceso por atribuirse la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, la contraloría demandada señaló:

El hecho de determinar el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal a partir del desconocimiento del artículo 365 constitucional, la Ley 142 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, no constituye un juicio de legalidad ni constitucional, sino el cumplimiento del deber de la Contraloría de Bogotá de verificar el cumplimiento de los deberes en cabeza de quienes tienen la competencia de administrar recursos públicos.

**5.4.** Frente al **cuarto cargo** por la “vulneración al debido proceso por fallar con responsabilidad fiscal sin acreditar los elementos que la componen”, la entidad acusada indicó:

Mencionó que, los demandantes en calidad de miembros de la junta directiva de la principal entidad afectada estaban sometidos a los deberes propios de los administradores de las sociedades previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pero a pesar de ello, modificaron su régimen estatutario para incluir dentro de su objeto social la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en abierta contravención a las normas rectoras de la libre competencia y en razón a ello se generó la multa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, tan es así que los multó personalmente por su intervención en dichas actuaciones irregulares.

Consideró que, por lo anterior, los demandantes tenían la calidad de gestores fiscales, máxime si se tiene en cuenta que sus decisiones como órgano social, permitieron que se desencadenaran todos los hechos que culminaron en la imposición de las cuantiosas sanciones pecuniarias que se debieron pagar con los recursos del presupuesto distrital, sin que los actores emitieran disenso alguno a modificar el objeto social de la empresa.

Refirió que, no es admisible la tesis de la parte demandante según la cual, como se trata de una sanción pecuniaria impuesta por otra entidad estatal (superintendencia), no se configura el daño antijurídico; pues tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han concordado que, en eventos donde se deba pagar una

suma de dinero por concepto de una multa, el valor pagado debe ser recuperado en el marco del proceso de responsabilidad fiscal.

Resaltó que, se encuentra más que probado que el pago de las multas generó un detrimento patrimonial atribuible a título de culpa grave a los demandantes, quienes a partir de su posición de miembros de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá SA ESP, y particularmente la calidad de alcalde Mayor que ostentaba en ese momento el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, idearon y aprobaron todas las modificaciones estatutarias que permitieron que se implementara el esquema de aseo en Bogotá D. C., como un monopolio y generaron la imposición de las multas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Manifestó que, lo anterior resume las consideraciones expuestas en los actos administrativos demandados, sino que evidencia la acreditación de los tres elementos de la responsabilidad fiscal, los cuales son producto de una valoración seria y juiciosa del acervo probatorio recaudado y cuya única intención es recuperar los recursos públicos que perdió Bogotá D. C., con ocasión al actuar negligente y descuidado de los demandantes.

Finalmente, la contraloría demandada señaló que, se encuentran desvirtuados los argumentos de la demanda por lo que, no le asisten razón a la parte actora en afirmar que las decisiones cuestionadas adolecen de falsa motivación y, en ese orden no hay lugar a restablecimiento alguno.

En relación con los perjuicios morales, la mencionada entidad resaltó que los demandantes no allegaron prueba que acredite la suma pretendida para cada uno, ni que su causa le sea atribuible a la demandada, máxime que se endilgó a la Superintendencia de Industria y Comercio como partícipe en el "dolor y el impacto emocional" que invocaron. Tampoco se aportó elemento de juicio técnico, científico, médico o psiquiátrico con el cual se acredite tal perjuicio.

Precisó que, se opone a tal pretensión, pero que, si en gracia de discusión se les hubiera causado algún daño con ocasión de la expedición de los actos administrativos censurados y que, dichos perjuicios se ocasionaron por los "sentimientos de tristeza, zozobra, dolor, aflicción, desesperación, congoja, desasosiego o temor", debe

ser un perito mediante un dictamen quien certifique su existencia, siendo el juez el llamado a cuantificar el monto ante una eventual indemnización.

## **6. Audiencia inicial**

Mediante auto del 25 de febrero de 2021 se indicó que, si bien se encontraba programada la audiencia inicial, el asunto era de puro derecho y por tanto no era necesaria la práctica de pruebas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 del 2020<sup>5</sup>.

En consecuencia, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días, para que presentaran sus de conclusión, término aplicable también para que el Ministerio Público presentara su concepto.

## **7. Alegatos de conclusión**

### **7.1. Parte demandante**

A través de escrito del 11 de marzo de 2021, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, para lo cual, reiteró sus argumentos iniciales (ff. 466 a 469, c. ppal.).

### **7.2. Parte demandada**

Mediante escrito del 11 de marzo de 2021, la Contraloría de Bogotá presentó sus alegatos de conclusión, para lo cual reiteró que se está distorsionando una falencia eminentemente formal del fallo de primera instancia que fue aclarada y sustentada (ff. 445 a 465, c. ppal.).

Para tal efecto, solicitó, solo frente al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, sin dar mayor explicación, lo siguiente:

## VII. PETICIÓN

---

<sup>5</sup> Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

En consecuencia, solicito al Honorable Tribunal declarar la nulidad parcial del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 03 de 20 de octubre de 2017, respecto a la orden contenida en el inciso 3° del artículo 10, en lo que atañe a la inclusión del señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República y del Registro de Antecedentes Disciplinarios administrado por la Procuraduría General de la Nación, pero dejando incólume los demás apartes de los actos administrativos y sus efectos frente a los demás demandantes y negando el reconocimiento de los perjuicios reclamados.

## **8. Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público ante esta corporación guardó silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: **1)** Cuestiones previas, **2)** objeto de la controversia, **3)** problema jurídico, **4)** los actos administrativos demandados y el análisis de los cargos de nulidad, **5)** efectos de la sentencia, **6)** restablecimiento del derecho y, **7)** condena en costas.

### **1. Cuestiones previas**

#### **1.1. Antecedentes de la prestación del servicio público de aseo del Distrito Capital**

A continuación, se relacionarán algunos datos de la sentencia del 15 de noviembre de 2017, dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en el expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00, con demandante Gustavo Francisco Petro Urrego y demandado Procuraduría General de la Nación, en la cual se incluyó un cuadro que también reseñó la parte demandante en su libelo demandatorio.

Lo anterior, con la salvedad de que su referencia se hace de manera ilustrativa, pues con ello no se juzgará el modelo de las basuras y su efectividad, toda vez que lo demandado en el proceso de la referencia corresponde es a la legalidad de los actos acusados expedidos por la contraloría demandada en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado en contra de los demandantes, identificado con el número 170000-0001/16.

Por lo que, se reseña lo siguiente:

<b>I. Antecedentes de la privatización en la prestación del servicio público de aseo en Bogotá</b>	
<b>Creación de la Empresa Distrital de Aseo</b>	Desde 1958, el servicio de aseo en la capital empezó a ser prestado por la Empresa Distrital de Aseo. Tenía como funciones básicas, la recolección, barrido y limpieza de la ciudad.
<b>Creación de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS</b>	Mediante Acuerdo 75 de 1960 se reorganizó la entidad y se le asignó una nueva razón social, Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS, y nuevas funciones.
<b>Inicio de la privatización</b>	La <b>privatización</b> del servicio de aseo en la ciudad inició en 1988 mediante el Decreto 888. El Alcalde declaró el estado de emergencia social, sanitaria y de servicios públicos en la capital y autorizó a la EDIS la contratación con particulares del 40% del servicio y su pago por tonelada recogida.
<b>Incremento del 20% en la prestación del servicio por particulares</b>	En 1991, se incrementó en un 20% la subcontratación. Entra a prestar los servicios el consorcio Aseo Capital. La EDIS atiende las basuras en el restante 40% de la ciudad.
<b>Supresión de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS</b>	Mediante Acuerdo 41 de 1993 el Concejo de Bogotá determinó la supresión y liquidación de la EDIS.
<b>Creación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP</b>	A través del Decreto Distrital 782 de 1994 se creó la UESP, como una entidad técnica, cuyo objeto era la prestación de los servicios de barrido, recolección, disposición de residuos sólidos, cementerios, hornos crematorios, plazas de mercados y galerías comerciales.  La privatización del servicio de aseo llegó al 100% mediante la figura de contratos de concesión en 7 zonas de la ciudad.



<b>Transformación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP, en la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP</b>	El <b>Acuerdo Distrital 257, de noviembre 30 del 2006</b> , establece en el artículo 116 que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos es una entidad distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado.
---	--

<b>II. El modelo de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá antes de la sentencia T-724 del 2003</b>	
<b>Licitación pública 001 del 2002</b>	<p>En <b>octubre del 2002</b>, la UESP abrió la <b>Licitación Pública 001 del 2002</b> para contratar la "Concesión para la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped y transporte de los residuos al sitio de disposición en el Distrito Capital de Bogotá".</p> <p>En esta licitación se inició el proceso de adjudicación de las Áreas de Servicio Exclusivo, ASE, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, previa autorización de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, que, mediante Resolución CRA 235 del 7 de noviembre del 2002, aprobó las 6ASE por un periodo de 7 años, prorrogables por 1 año.</p> <p>Con la verificación de motivos aprobados por la CRA, el <b>2 de diciembre del 2002</b>, la UESP dio inicio al proceso licitatorio. El <b>13 de junio del 2003</b> se celebró la audiencia pública y <b>se adjudicaron</b> cinco de las seis ASE, según se indicó en la Resolución No. 096 del 2003. La adjudicación de la última ASE se hizo directamente.</p> <p>En desarrollo de la Licitación 001 del 2002, la unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, suscribió los contratos de garantizar la prestación del servicio de aseo a todos los habitantes de la ciudad por el término de 7 años, prorrogables 1 año.</p> <p>El contrato agotaba su ejecución el <b>15 de septiembre del 2011</b>.</p>

**Sentencia T-724 del  
2003**

La Asociación de Recicladores de Bogotá, ARB, formuló acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP... por considerar que dichas entidades desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe, en la medida en que en el pliego de condiciones de la licitación 001 del 2002 no se incluyeron acciones afirmativas que permitieran la participación preferencial de los recicladores de Bogotá.

La referida acción constitucional fue conocida en primera y segunda instancia por los Juzgados 43 Penal Municipal y 1º Penal del Circuito de Bogotá D.C., que, a través de las sentencias del 13 de enero y 26 de febrero del 2003, respectivamente, negaron el amparo solicitado por los accionantes.

La Corte Constitucional, en sede de revisión, profirió la sentencia T-724, del 20 de agosto del 2003, en la que, si bien declaró la carencia actual de objeto en el asunto estudiado, **dado que el trámite de la licitación pública 001 del 2002 había concluido con la adjudicación de los respectivos contratos de concesión**, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de los accionantes y previno a la UESP, o a la entidad del Distrito que haga sus veces, **"para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio"**.

En la misma sentencia se exhorta al Concejo de Bogotá para que "incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado.

<p style="text-align: center;"><b>Licitación Pública 001 del 2010</b></p>	<p>En forma paralela a la ejecución de los contratos de concesión del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, ordenó la apertura de la <b>licitación pública 001 del 2010</b>, cuyo objeto era "contratar la modalidad de concesión, administración, operación y mantenimiento integral del <b>Relleno Sanitario Doña Juana</b>, de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ provenientes del servicio ordinario de aseo".</p> <p>En el marco de la Licitación 001 del 2010, la Corte Constitucional, mediante auto 091 del 18 de mayo del 2010, instó a la UAESP para que suspendiera el trámite de la licitación 001 del 2010 y, con posterioridad, mediante <b>auto 268 del 30 de julio del 2010</b>, le ordenó, dentro del referido proceso contractual, que expidiera una nueva adenda a través de la cual, entre otros aspectos, se debían modificar las "condiciones de la Licitación 01 del 2010, en el sentido de incluir como requisito habilitante que los proponentes se present[aran] conformados con una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá", esto, para asegurar la participación efectiva de la población recicladora.</p>
---	---

<b>III. La licitación 001 del 2011 y auto 275 del 2011, proferido por la Corte Constitucional</b>	
<p style="text-align: center;"><b>Apertura proceso licitatorio 001 del 2011</b></p>	<p><b>En el año 2011</b>, habiendo transcurrido el término pactado en los contratos de concesión adjudicados el 13 de junio del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, dio apertura al <b>proceso licitatorio 001 del 2011</b> para concesionar, público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C."</p>
<p style="text-align: center;"><b>Auto 183 del 18 de agosto del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011</b></p>	<p>En el marco de un trámite incidental... la Corte Constitucional, mediante <b>auto 183 del 18 de agosto del 2011, dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011</b>, argumentado para tal efecto que se hacía evidente "la imperiosa necesidad de [la] intervención del juez de tutela para la salvaguarda del ordenamiento constitucional, pues, amén de tratarse del cumplimiento de unas órdenes provenientes de esta Corporación en las referidas providencias, persist[ía] la duda fundada en torno a la posible trasgresión de los deberes estatales de adopción de medidas a favor de grupos discriminados o</p>

	<p>marginados, para que la igualdad sea real y efectiva, tal y como lo establece el Artículo 13 de la Carta”.</p> <p>Los contratos de concesión para la prestación del servicio vencían el <b>quince (15) de septiembre del 2011</b>.</p>
<p><b>Resolución 522 del 18 de agosto del 2011</b></p>	<p>La UAESP expidió la <b>Resolución 522 del 18 de agosto del 2011</b>, mediante la cual ordenó, entre otros, “suspender la Licitación Pública No. 001 del 2011, en cumplimiento del auto 183 del 18 de agosto de 2011” y declaró <b>la urgencia manifiesta</b>, argumentando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación administrativa se ordenó: i) al Director Operativo de la UAESP que preparara y celebrara los contratos derivados de la declaratoria de urgencia manifiesta y ii) se ordenó a la Directora Jurídica de la misma entidad proyectar los contratos que eran necesarios para “dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en Bogotá”...</p>
<p><b>Celebración de contratos de concesión bajo el esquema de contratación directa</b></p>	<p>En virtud de lo expuesto, y ante la inminente finalización del contrato de concesión adjudicado en el 2003, cuya ejecución inicio el 15 de septiembre del 2003, la UAESP <b>celebró el 12 de septiembre del 2011</b>, bajo el esquema de contratación directa, los <b>contratos de concesión</b> 157E, 158E, 159E y 160E, con operadores privados, por el término de <b>6 meses</b>, contados a partir del 16 de septiembre del 2011... finalizando el <b>16 de marzo del 2012</b>.</p>
<p><b>Auto 275 del 19 de diciembre del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dejó sin efectos la totalidad del proceso</b></p>	<p>El <b>19 de diciembre del 2011</b> finalmente la Corte Constitucional, a través del <b>auto 275</b>, declaró que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, había incumplido las órdenes dispuestas en la sentencia T-724 del 2003 y los criterios generales fijados en el auto 268 del 2010, razón por la cual <b>dejaba sin efectos la totalidad del proceso licitatorio 001 del 2011</b>.</p>

<p><b>licitatorio 001 del 2011</b></p>	<p>A juicio de esa Corporación, se hacía necesario que el <b>Distrito de Bogotá definiera y rediseñara un esquema de la actividad de reciclaje con acciones afirmativas</b> "en favor de la población que se dedica[ba] de manera permanente a la actividad de reciclaje -lo que supon[ía] un enfoque diferencial-, de manera que se logr[ara] su regularización respecto de la prestación de los servicios complementarios de aseo en los componentes de reciclaje, transporte, transformación y aprovechamiento de residuos", esquema que, en todo caso, debía ser entregado a ese mismo Tribunal y a la Procuraduría General de la Nación, a más tardar el 31 de marzo del 2012.</p> <p>Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, al dejar sin efecto la Licitación Pública No. 001 del 2011, ante el incumplimiento de la UAESP frente a lo dispuesto en la sentencia T-724 del 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 del 2010, fueron las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Definición de un esquema de metas a cumplir a corto plazo.</li><li>2. Seguimiento del órgano de control al esquema de metas de corto plazo.</li><li>3. Intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA.<ol style="list-style-type: none"><li>3.1. Revisión y definición de parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos.</li><li>3.2. Regularización de la población de recicladores.</li></ol></li><li>4. Normalización en la prestación del servicio público de aseo a través del esquema que el Distrito estime pertinente.</li><li>5. Actualización del censo de recicladores.</li></ol>
<p><b>IV. El esquema de contratación directa para la prestación del servicio público de aseo para la fecha en que Gustavo Francisco Petro Urrego asume el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá</b></p>	
<p><b>Esquema de recolección y transporte en el</b></p>	<p>El esquema de recolección y transporte en el servicio público de aseo en Bogotá presentaba una estructura dual... en la que se diferenciaban dos actores:</p>

<b>servicio público de aseo en Bogotá</b>	<p>1. Empresas privadas mediante contratos de concesión.</p> <p>2. Una población de miles de recicladores de oficio.</p>
Gustavo Francisco Petro Urrego asumió el cargo de Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá	Para la fecha en que asumió la alcaldía el señor Gustavo Petro Urrego (1 de enero del 2012) se estaban ejecutando los contratos de concesión, celebrados bajo el esquema de contratación directa con operadores privados, que vencían el 16 de marzo de 2012.

<b>V. Actuaciones adelantadas por la administración distrital tendientes a asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá</b>	
<b>Resolución 065 del 8 de febrero del 2012, expedida por el Director de la UAESP</b>	El <b>8 de febrero del 2012</b> , el Director de la UAESP, a través de la Resolución 065, declaró la urgencia manifiesta para asegurar la continua prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., ante la proximidad del vencimiento del término pactado en los contratos 157E, 158E, 159E y 160E, del 12 de septiembre del 2011...
<b>Contratos de concesión celebrados el 7 de marzo del 2012</b>	El <b>7 de marzo del 2012</b> , la referida Unidad Administrativa suscribió los contratos de concesión 013,014, 015 y 016, con varios operadores, por el término de 6 de meses.
<b>Esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos en la ciudad de Bogotá</b>	<p>El <b>30 de marzo del 2012</b>, el Director General de la UAESP remitió a la Corte Constitucional el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores. En el documento, se relata cómo se pretende superar el modelo actual en desarrollo de la política pública de Basuras Cero.</p> <p>De igual forma, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, remitió en la misma fecha un informe que incluía los parámetros generales para la prestación de la actividad complementaria de aprovechamiento de residuos sólidos, en cumplimiento del Auto 275 del 2011.</p>

La Corte Constitucional, mediante auto 084 del 19 de abril del 2012, declaró: i) que la UAESP había enviado dentro del término previsto en el auto 275 del 2011 "el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, y ii) que la CRA remitió, dentro del término exigido por el Auto 275 del 2011, "un esquema de las actuaciones que ha adelantado y continuará desarrollando conforme con sus competencias legales. Por ello, la **insta** a continuar con el proceso, siguiendo los postulados de la colaboración armónica entre entes públicos para la materialización de los derechos del referido grupo sujeto de especial protección constitucional, así como de los derechos ambientales de todos los habitantes de Bogotá".

El plan de inclusión distingue entre el esquema de prestación del servicio de aseo en sus componentes de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables y el esquema de residuos aprovechables. Para el primero, plantea un **esquema de prestación mediante la concesión de áreas de servicio exclusivo a cargo de operadores privados en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994** y para el de los residuos aprovechables, a cargo de las empresas de recicladores, la **asignación de áreas o rutas también exclusivas**.

Las metas globales del plan de inclusión se plantearon de la siguiente manera: 1. Garantizar que el 100% de la población de Bogotá conozca el programa Basura Cero, separe en la fuente y disponga el material recuperable en las rutas de recolección selectiva. 2. Reorganizar el servicio público de aseo, reorientado hacia el aprovechamiento, de manera tal que los recicladores de oficio participen como prestadores en óptimas condiciones. 3. Formalizar al 100% la población de recicladores de oficio, haciendo efectiva la remuneración estable por su labor y el acceso a la seguridad social. 4. Desarrollar un marco regulatorio que garantice la separación en la fuente, la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento y reconocimiento efectivo del trabajo de los recicladores de oficio. 5. Cubrir la prestación del servicio de aseo del material aprovechable con rutas ecológicas, al 100% de usuarios de Bogotá. 6. Asegurar la sostenibilidad técnica, económica y financiera del modelo empresarial construido con la población recicladora para el servicio de recolección, transporte, acopio, comercialización y aprovechamiento de materiales reciclables.

<b>Programa Basura Cero</b>	<p>El <b>Programa Basura Cero</b>, incluido en el <b>Acuerdo 489 del 12 de junio del 2012</b>, estaba orientado a "minimizar el impacto de los escombros y los residuos sólidos, incluyendo los especiales y peligrosos, generados por la ciudad, sobre el ambiente y la salud de los ciudadanos."</p> <p>Los proyectos prioritarios de este programa eran:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Estrategia de producción sostenible.</li> <li>2. Cultura de reducción de basuras y separación en la fuente.</li> <li>3. Modelo de reciclaje para Bogotá.</li> <li>4. Aprovechamiento final y minimización de la disposición en relleno sanitario</li> <li>5. Escombros cero.</li> <li>6. Gestión integral de residuos especiales y peligrosos.</li> </ol>
<b>Prórrogas a contratos de concesión</b>	<p>El <b>16 de agosto del 2012</b>, la directora encargada de la UAESP suscribió con los concesionarios las prórrogas de los contratos de concesión número 013, 014, 015 y 016, por un término de tres meses, contados a partir del 18 de septiembre del 2012.</p>
<b>Contrato interadministrativo 017 del 2012</b>	<p>En forma paralela a la ejecución de las prórrogas de los referidos contratos 013, 014, 015 y 016 del 2012, el Director (e) de la UAESP y el Gerente de la EAAB suscribieron el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre del 2012, cuya motivación supuso evitar que nuevamente se declarara el incumplimiento en el proceso de contratación del servicio de aseo de Bogotá, para lo cual debía] adoptar medidas afirmativas orientadas a la regularización y formalización de la población recicladora de oficio"...</p> <p>Con ocasión de la suscripción del referido contrato interadministrativo, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adelantó la <b>invitación pública 804 de octubre del 2012</b>, con el fin de adquirir maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. Como resultado de la referida invitación, debe decirse, fueron suscritos los contratos No. 1-06-263000848 y 1-06-263000851 del 2012...</p>



<b>Contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012</b>	El <b>4 de diciembre del 2012</b> , la EAAB y la Empresa de Aguas de Bogotá suscribieron el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, con el objeto de que esta última asumiera el desarrollo de las actividades operativas requeridas para la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá D.C.
<b>Decreto 564 del 10 de diciembre del 2012</b>	El <b>10 de diciembre del 2012</b> , el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. expidió el Decreto 564, a través del cual, según se señaló en su epígrafe, se <b>"adopta[ron] disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 del 2003 y en los Autos 268, del 2010; 275, del 2011, y 084, del 2012"</b> .
<b>Decreto 570 del 14 de diciembre del 2012</b>	El <b>14 de diciembre del 2012</b> , el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el <b>Decreto 570</b> por el cual se decretó el estado de prevención o alerta amarilla, por el término de cuatro meses, para el manejo y control adecuado de los residuos sólidos urbanos en el Distrito Capital...
<b>Otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012</b>	El <b>17 de diciembre del 2012</b> , el Gerente de la EAAB y la Directora de la UAESP suscribieron el otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012, adicionando las cláusulas 1 (objeto) y 35 (periodo de transición y ajuste).
<b>Resolución 768 del 17 de diciembre del 2012</b>	En esa misma fecha, la Directora de la UAESP, a través de la <b>Resolución 768</b> , declaró la urgencia manifiesta para asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá ante la implementación del nuevo modelo bajo el que se prestaría el referido servicio público, para lo que se suscribieron una serie de contratos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C.

**1.2.** Adicionalmente, se encuentra que, la **Superintendencia de Industria y Comercio** mediante las Resoluciones 25036, del 21 de abril del 2014 y 53788 del 3 de septiembre del 2014 sancionó a los demandantes por violación a la libre competencia.

**1.3. Antecedentes relativos al proceso disciplinario y pronunciamientos relevantes frente al esquema recolección de basura en el Distrito Capital**

### **1.3.1. Proceso disciplinario**

Por la modificación del esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, ante la queja presentada, el 20 de junio de 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación formuló cargos contra el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, con fundamento en “tres hechos puntuales”: a) la suscripción de los contratos 017 de 11 de octubre de 2011 y 809 de 4 de diciembre de 2012; b) la expedición del Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, y c) la emisión del Decreto 570 de 14 de diciembre de 2012, así:

Primer cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, a título de dolo y bajo la modalidad de determinador, por “[h]aber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012, y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la [UAESP] y el gerente de la [EAAB] suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con las más mínima experiencia y capacidad requerida. [Asimismo], la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la [EAAB] y el gerente de [Aguas de Bogotá] suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida”.

Segundo cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario único, a título de dolo, por “[h]aber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico [...]”.

Tercer cargo: Falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, a título de culpa gravísima, por “[h]aber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente”

El 9 de diciembre de 2013, luego de haber adelantado un procedimiento disciplinario, la Sala Disciplinaria declaró probados los tres cargos formulados contra el señor Petro y lo juzgó “responsable

disciplinariamente” por la comisión de las siguientes faltas disciplinarias:

a) la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en “[p]articipar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”;

b) la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo Código, consistente en “[e]jercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”, y

c) la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del mismo Código, consistente en “[p]roferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección [...] del medio ambiente”.

En consecuencia, el señor Petro Urrego fue sancionado con la pena de destitución como alcalde de Bogotá e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años.

La decisión anterior fue confirmada por la misma Sala el 13 de enero de 2014.

### **1.3.2. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación – sentencia del 15 de noviembre de 2017**

Como resultado de la investigación disciplinaria que cursó en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego como alcalde Mayor de Bogotá, fue sancionado mediante acto del 9 de diciembre del 2013, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión que se confirmó por la misma Sala el 13 de enero del 2014.

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, a través de apoderado, promovió del medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho contra los actos administrativos en mención, al considerar que, dicho órgano de control, entre otros cargos, se arrogó el ejercicio del control político propio del constituyente primario y, por delegación, al Concejo de Bogotá, al reprochar la adopción de la política pública de implementación del programa "Basura Cero", parte del Plan de Desarrollo de Bogotá Humana, además por usurpar la competencia judicial al determinar la ilegalidad de los Decretos 564 y 570 del 2012, que establecieron el régimen transitorio del esquema de recolección de residuos y la declaratoria de emergencia amarilla.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante **sentencia del 15 de noviembre de 2017** declaró la nulidad de los actos acusados, pues encontró que estaban viciados de nulidad por: i) falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y ii) violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción.

En lo particular, dicha corporación sostuvo:

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

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

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

### **1.3.3. Caso Petro Urrego vs. Colombia – decisión del 8 de julio de 2020**

Mediante decisión del 8 de julio de 2020, **la Corte Interamericana de Derechos Humanos** declaró la responsabilidad internacional de la República de Colombia por la violación a los derechos políticos y a varias garantías judiciales en perjuicio del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. Esto, pues se encontró que los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados como consecuencia de la sanción disciplinaria de destitución como alcalde Mayor de Bogotá, D.C., e inhabilitación por el término de quince años para ocupar cargos públicos, que le fue impuesta por la Procuraduría General de la República el 9 de diciembre de 2013.

A su vez, el Tribunal concluyó que la vigencia de las normas que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios democráticamente electos, así como aquellas que tienen el efecto práctico de producir una inhabilitación en el ejercicio de los derechos políticos como resultado de una decisión de la Contraloría General de la República eran contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y constituyeron una violación a los derechos políticos, en relación con la obligación estatal de adoptar disposiciones de derecho interno.

En cuanto a la falta disciplinaria, la Corte determinó que, en el proceso disciplinario seguido en contra del señor Petro Urrego se violó el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad, el principio de presunción de inocencia y el derecho a la defensa. Por ello, la Corte estableció que su sentencia constituye por sí misma una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado la adopción de medidas de reparación adicionales. Para tal efecto, concluyó:

#### C. Conclusión del capítulo

135. La Corte concluye que los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados por la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría General el 9 de diciembre de 2013 y que fue confirmada el 13 de enero de 2014. Si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de dicha sanción, ordenó el pago de salarios dejados de percibir, y ordenó la desanotación de las sanciones impuestas mediante sentencia de 15 de noviembre de 2017, la Corte concluye que dicha decisión no ha reparado integralmente el hecho ilícito que constituyó la violación del derecho al

ejercicio de una función de elección popular del señor Petro, pues su mandato fue interrumpido por algo más de un mes mientras estuvo separado de su cargo en virtud de la decisión de la Procuraduría, lo cual también constituyó una afectación de los derechos políticos de sus electores y del principio democrático, y no se han modificado las normas que permitieron la imposición de dichas sanciones.

136. Adicionalmente, la Corte concluye que la vigencia de las normas que facultan a la Procuraduría a imponer sanciones de inhabilitación o destitución de funcionarios democráticamente electos previstas en general en el ordenamiento jurídico colombiano, y en particular en el Código Disciplinario Único, así como las normas que pueden tener como efecto que las decisiones de la Contraloría produzcan una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos, y que fueron mencionadas en el presente capítulo, constituyen un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

137. Asimismo, la Corte concluye que el proceso disciplinario seguido contra el señor Petro no respetó la garantía de la imparcialidad ni el principio de presunción de inocencia, pues el diseño del proceso implicó que la Sala Disciplinaria fuera la encargada de emitir el pliego de cargos y al mismo tiempo juzgar sobre la procedencia de los mismos, concentrando así las facultades investigativas, acusatorias y sancionatorias. La Corte estima que la falta de imparcialidad objetiva afectó transversalmente el proceso, tornándolo en ilusorio el derecho de defensa del señor Petro. Además, el Tribunal advirtió que en el caso existió una violación al principio de jurisdiccionalidad puesto que la sanción contra el señor Petro fue ordenada por una autoridad de naturaleza administrativa.

138. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación al artículo 23 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y por la violación a los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

En cuanto a las actuaciones de la **Contraloría**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

114. Por otro lado, el Tribunal constata que el artículo 60 de la Ley 610 de 18 de agosto de 2000 señala que "la Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él". Asimismo, dicho artículo señala que no se podrán posesionar en cargos públicos "quienes aparezcan en el boletín de responsables" hasta que se cancele la sanción. Para efectos del presente análisis, esta norma debe ser entendida en su relación con el

artículo 38 del Código Disciplinario Único, el cual prevé que “[t]ambién constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: [...] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente”. De lo anterior se concluye que, aun cuando las facultades de la Contraloría no contemplan la atribución directa para destituir o inhabilitar funcionarios públicos de elección popular, las sanciones pecuniarias que pueden imponer, cuando estas resultan en la obligación de realizar el pago de una deuda fiscal de alta cuantía, como sucedió en el caso del señor Petro, pueden tener el efecto práctico de inhabilitarlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Disciplinario Único y de la prohibición a los funcionarios competentes de dar posesión a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales.

115. En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

## **2. Objeto de la controversia**

La parte actora, conformada por los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón, pretende la declaración de nulidad del fallo con Responsabilidad Fiscal 03 de 20 de octubre de 2017, así como del auto de 12 de octubre de 2018 y de la Resolución 2698 de 16 de noviembre de 2018, proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16, decisiones proferidas por la Contraloría de Bogotá D. C.

Por su parte, la referida contraloría considera que, con los actos administrativos acusados no se configuró ninguna causal de nulidad, pues a través del trámite de una actuación administrativa absolutamente garantista y apegada a las normas procedimentales y sustanciales que gobiernan el proceso de responsabilidad fiscal, con base a las pruebas recaudadas en la investigación, llegó a la conclusión que los demandantes debían responder por el daño sufrido por las finanzas del Distrito Capital.

De modo que, se analizará si los actos administrativos demandados deben conservar su presunción de legalidad o si, por el contrario,

deben declararse nulos ante la configuración de las causales de nulidad alegadas por la parte demandante.

### **3. Problema jurídico**

El problema jurídico consiste en determinar si debe declararse la nulidad del fallo con responsabilidad fiscal 03 de 20 de octubre de 2017, así como del auto de 12 de octubre de 2018 y de la Resolución 2698 de 16 de noviembre de 2018, proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16, decisiones proferidas por la Contraloría de Bogotá D. C., y restablecer los derechos de la parte actora, conformada por los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón.

Lo anterior, por la presunta vulneración de las siguientes normas: a) Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23); b) Constitución Política de Colombia (artículos 4º, 6º, 29, 267 y 268); c) Ley 1437 de 2011 (artículo 3º); d) Ley 42 de 1993: Artículos 9º y 11; e) Ley 610 de 2000 (artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 16, 22, 23, 36, 40, 47, 48 y, 53); f) Ley 678 de 2001 (artículos 5º y 6º); g) Ley 1474 de 2011 (artículos 118 y 125).

Así, la parte demandante sostuvo que con la expedición de los actos administrativos acusados se incurrió en los siguientes cargos:

i) Violación al debido proceso “vía de hecho por defecto sustantivo” por aplicación indebida de una norma, al imputar responsabilidad fiscal con fundamento en norma inaplicable al caso concreto.

ii) Violación al debido proceso por fundamentar un presunto daño patrimonial en actos administrativos sin fuerza ejecutoria y en consecuencia sin la condición de exigibilidad y/o prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño cierto al patrimonio público, como lo exige el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

iii) Violación al debido proceso por vía de hecho por un defecto procedimental y orgánico, cuando arrogándose competencias de lo contencioso administrativo, deriva la responsabilidad fiscal en una violación a la constitución y la ley y no en una conducta en el marco del ejercicio de gestión fiscal.



iv) Violación al debido proceso por infracción de las normas en que debe fundarse el proceso de responsabilidad fiscal. Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

#### **4. De los actos acusados y del análisis de los cargos de nulidad**

##### **4.1. De los actos acusados**

4.1.1. A través del fallo de responsabilidad fiscal 03 del 20 de octubre de 2017, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Bogotá decidió con responsabilidad fiscal el proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16, contra Gustavo Francisco Petro Urrego y otros, en los siguientes términos:

...

#### RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: FALLAR con Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0001/16, en forma solidaria en contra de los señores Gustavo Francisco Petro Urrego identificado con C.C 208.079, Alcalde mayor de Bogotá, en calidad de miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para la época de los hechos; Alberto José Merlano Alcocer, C.C 7.407.031, en calidad de Miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos; Diego Fernando Bravo, C.C 79.145.084, en calidad Gerente General EAB E.S.P., para la época de los hechos; Gerardo Ignacio Ardila Calderón, C.C 19.323.907, en calidad de Miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos; María Mercedes Maldonado Copello, C.C 35.458.872, en calidad de Miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos; José Orlando Rodríguez Guerrero, C.C 19.167.047, en calidad de Miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos; en cuantía de setenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y tres millones cuatrocientos setenta y seis mil trescientos cuarenta y dos pesos \$75,483.476.342, moneda legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: FALLAR con Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0001/16, en forma solidaria en contra Gustavo Francisco Petro Urrego, identificado con C.C 208.079 en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, para la época de los hechos; Nelly Mogollón Montañez, C.C 27.789.218, en calidad de Directora General de la UAESP

para el momento de los hechos y Henry Romero Trujillo, C.C 19.406.476, en calidad de Director (E) UAESP, en cuantía de veintidós mil ciento setenta millones seiscientos noventa y siete mil setecientos setenta y ocho pesos \$22.170.697.778, moneda legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: Llamar a responder como garante, en su condición de tercero civilmente responsable, por el monto del amparo asegurado, el cual, en caso de pago será deducido de la cuantía total del detrimento patrimonial, a la compañía aseguradora: Compañía de seguros la Previsora S.A Compañía de Seguros identificada con NIT, con Nit 860.002.400-2 en virtud de póliza global sector oficial N° 1004789, teniendo como asegurado EAB E.S.P con fecha de expedición 11-12-2014 y vigencia 1-12-2014 hasta 1-12-2015 por valor asegurado de doscientos cincuenta millones de pesos M/cte. \$250.000.000, tomador Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto.

ARTÍCULO CUARTO: Llamar a responder como garante, en su condición de tercero civilmente responsable, por el monto del amparo asegurado, el cual, en caso de pago será deducido de la cuantía total del detrimento patrimonial, a la compañía aseguradora: Seguros del Estado, identificado con Nit 860.009.578-6 en virtud la póliza Global de Manejo No. 21-42-101001067, fecha de expedición 18-12-2012, vigencia desde 05-07-2012 - Hasta 10-12-2012, valor asegurado trescientos millones de pesos (300.000.000), tomador Unidad administrativa especial de Servicios Públicos, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO QUINTO: Llamar a responder como garante, en su condición de tercero civilmente responsable, por el monto del amparo asegurado, el cual, en caso de pago será deducido de la cuantía total del detrimento patrimonial, a la compañía aseguradora: Seguros del Estado, identificado con Nit 860.009.578-6 en virtud la póliza Global de Manejo No. 21-42-101000813, fecha de expedición 26-07-2011, vigencia desde 10-12-2012 Hasta 16-07-2013, valor asegurado trescientos millones de pesos (300.000.000), tomador Unidad administrativa especial de Servicios Públicos, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, ante este Despacho el primero y el segundo ante el Despacho del Contralor (a) de Bogotá D. C.

ARTÍCULO OCTAVO: Fijar el término de diez (10) días a partir del día siguiente de la ejecutoria, para consignar el valor citado ante la Tesorería respectiva, lo cual deberá acreditarse ante esta Dirección.

ARTÍCULO NOVENO: No levantar las medidas cautelares de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Fallo.

ARTÍCULO DÉCIMO: Proceder por Secretaría Común una vez ejecutoriado este Fallo a:

- Comunicar el resultado del presente proceso al Señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., al Señor Personero y al Honorable Concejo Distritales conforme a lo previsto por el Artículo 111 del Decreto 1421 de 1993.
- Remitir copia a la Dirección de Servicios Públicos y al Representante Legal -Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Diligenciar los formatos con destino a la Contraloría General de la Republica, para la inclusión en el boletín de responsables y la Procuraduría General de la Nación, para el registro de inhabilidades.
- Trascurrido los 10 días después de la ejecutoria, sin que se acredite el pago, enviar el fallo junto con los documentos pertinentes y el cuaderno de medidas cautelares a la Subdirección de Jurisdicción Coactiva de esta Contraloría, para su cobro coactivo.
- Archivar físicamente el expediente, una vez enviadas las copias ordenadas.

...

4.1.2. Auto del 12 de octubre de 2018, mediante el cual, la mencionada dirección resolvió los recursos de reposición, así:

RESUELVE:

Artículo Primero. REVOCAR el Artículo Tercero del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 03 de 20 de octubre de 2017 y como consecuencia de lo anterior desvincular al de tercero civilmente responsable la Previsora S.A Compañía de Seguros identificada con NIT, con Nit 860.002.400-2 en virtud de póliza global sector oficial N°1004789, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto.

Artículo Segundo. REVOCAR el Artículo Cuarto del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 03 de 20 de octubre de 2017 y como consecuencia de lo anterior desvincular al de tercero civilmente responsable Seguros del Estado, identificado con Nit 860.009.578-6 en virtud la póliza Global de Manejo No. 21-42-101001067, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto

Artículo Tercero. REVOCAR el Artículo Quinto del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 03 de 20 de octubre de 2017 y como consecuencia de lo anterior desvincular al tercero civilmente responsable: Seguros del Estado, identificado con Nit 860.009.578-6 en virtud la póliza Global de Manejo No. 21-42-101000813, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto.

Artículo Cuarto: DESVINCULAR en su condición de tercero civilmente responsable, a la compañía aseguradora: Mapfre Seguros S.A., identificada con Nit 91.700.037-9 en virtud de la póliza No. 2201214004760, fecha de expedición 8/12/2014 vigencia 01-12-2014 Hasta 01-06-2016.

Artículo Quinto. CONFIRMAR, en todo lo demás el Fallo con Responsabilidad fiscal No. 03 de 20 de octubre de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Artículo Sexto: REMITIR el Expediente 170000-0001/16, [a]l Despacho del Señor Contralor de Bogotá D.C., para que se surtan los recursos de apelación interpuesto[s] en forma subsidiaria, por Secretaría Común envíese para el efecto.

Artículo Tercero (sic). NOTIFICAR por Estado este proveído, de conformidad con el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

...

4.1.3. Resolución 2698 del 16 de noviembre de 2018, proferida por el contralor de Bogotá D. C., a través de la que, se surtió el grado de consulta y se resolvieron los recursos de apelación interpuestos contra el fallo de responsabilidad fiscal, en la cual se decidió:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar el Fallo No. 03 del 20 de octubre del 2017, revocado parcialmente por el Auto del 12 de octubre de 2018, proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar el contenido de la presente providencia de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

La **constancia de ejecutoria** suscrita por el secretario común de la Oficina Asesora Jurídica de la contraloría demandada señaló que surtida la correspondiente notificación por estado de la Resolución

2698 del 16 de noviembre de 2018, "POR LA CUAL SE SURTE EL GRADO DE CONSULTA Y SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE APELACIÓN CONTRA EL FALLO" dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16, proferida por el Contralor de Bogotá D. C., y decididos los recursos interpuestos contra el fallo 03 del 20 de octubre de 2017, este quedaba debidamente ejecutoriado el 20 de noviembre de 2018, según lo previsto en el numeral 3° del artículo 56 de la Ley 610 de 2000 y el numeral 2° del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **4.2. Análisis de los cargos de nulidad**

De conformidad con lo expuesto, la Sala analizará a continuación el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora y la defensa de la entidad demandada, a partir del estudio conjunto del material probatorio allegado al plenario, que incluye los actos acusados y sus antecedentes administrativos, bajo el principio de la sana crítica, así:

**4.2.1. Primer cargo:** Violación al debido proceso "vía de hecho por defecto sustantivo" por aplicación indebida de una norma, al imputar responsabilidad fiscal con fundamento en norma inaplicable al caso concreto.

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al **debido proceso**, de conformidad con el cual, se entiende por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas.

Desde el punto de vista eminentemente formal el concepto del debido proceso adquiere también trascendencia, complementando su finalidad primordial, cual es la obtención de decisiones verdaderamente legales, justas y adecuadas al derecho material.

Así, se trata de una suma no taxativa de elementos que, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación

procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales.

Con ello, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general<sup>6</sup>.

De manera que, es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, asegurando una pronta y cumplida justicia siguiendo los parámetros establecidos por la ley, por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Así las cosas, el debido proceso es el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo principal es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso o procedimiento, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y se le garantice el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia<sup>7</sup>.

Por lo tanto, es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y constituye un límite en el ejercicio de las potestades asignadas a las autoridades administrativas, con lo que se pretende que su actuar esté de conformidad con el ordenamiento establecido en todas las instancias y etapas previstas en el procedimiento respectivo<sup>8</sup>, en aras de preservar los derechos de los ciudadanos del abuso que el ejercicio de estas competencias puedan ocasionar<sup>9</sup>.

Se destaca que los componentes del derecho al debido proceso son: la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, el derecho a la jurisdicción, el principio de legalidad, el principio de juez natural que otorga la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado, el derecho de defensa, el

---

<sup>6</sup> Jaime Orlando Santofimio. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Ed. Universidad Externado de Colombia Año 2008. Pág. 85.

<sup>7</sup> Sentencia C-025 de 2009.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, auto 147 de 2005.

<sup>9</sup> Sentencia C-893 de 2006.

principio de favorabilidad, el principio del plazo razonable, la irretroactividad de la ley penal, entre otras garantías<sup>10</sup>.

Sobre la garantía del debido proceso, se observa que la Corte Constitucional ha señalado que cuando se trata de procedimientos adelantados ante la administración pública se debe garantizar real y efectivamente que quien participe en el mismo debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias establecidas<sup>11</sup>.

Adicionalmente, se precisa que el Alto Tribunal Constitucional ha indicado que tratándose de actuaciones administrativas debe diferenciarse entre las garantías previas y posteriores del derecho al debido proceso.

Así, las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras.

Mientras que las garantías mínimas posteriores consisten en la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>12</sup>.

De manera que, el derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones de la administración exige el respeto total de la Constitución Política, especialmente, de los artículos 6º, 29 y 209, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados<sup>13</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha precisado que la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas es

---

<sup>10</sup> Ver entre otras las sentencias T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746, C-929 de 2005 y C-1189 de 2005.

<sup>11</sup> Sentencia C-467 de 1995.

<sup>12</sup> Sentencia C-1189 de 2005.

<sup>13</sup> Consultar Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

relevante en la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material<sup>14</sup>.

Y cuenta con los siguientes alcances: a) ser oído antes de que se tome la decisión; b) participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; c) ofrecer y producir pruebas; d) obtener decisiones fundadas o motivadas; e) recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; f) tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; g) controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; h) obtener asesoría legal, y i) tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas<sup>15</sup>.

Finalmente, se tiene que, frente al proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales propias de los procesos administrativos, ya que estos procesos limitan el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, pues, despliegan una función pública, que no es jurisdiccional, mediante actos y actuaciones de orden administrativo que hacen responsable a un ciudadano y lo gravan con consecuencias jurídicas y patrimoniales.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>16</sup> recordó que para determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo, las contralorías deben obrar con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso.

### **Para resolver, se considera:**

La parte demandante argumentó que el ente fiscal incurrió en una aplicación indebida de la norma, puesto que la aplicación de la presunción de culpa grave, debe sustentarse en lo establecido en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 y no en la presunción de culpa grave del artículo 6º de la Ley 678 de 2001, pues los eventos de presunción allí señalados solamente son aplicables a la acción de repetición.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15666, magistrado Danilo Rojas Betancourth.

<sup>15</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "Tratado de derecho administrativo". Págs. 80 a 82.

<sup>16</sup> En sentencia C-340 de 2007.



Por su parte, la contraloría demandada se opuso al señalar que al resolverse los recursos contra el fallo de responsabilidad fiscal se resolvió la “falencia eminentemente formal” sobre la aplicación normativa. Además, precisó que el legislador no previó ni en la Ley 610 de 2000 ni en la Ley 1474 de 2011, la totalidad de los eventos de presunción de culpa grave, pues se limitó a aquellas circunstancias en las que el gestor fiscal se deriva del proceso de contratación o del reconocimiento y pago de emolumentos laborales, propio del ejercicio de la función pública, y dejó de lado otros casos atinentes al conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, como lo es el presente asunto.

Al respecto se tiene que la Contraloría de Bogotá declaró la responsabilidad fiscal de los demandantes en calidad de miembros de la Junta Directiva de la EAB y alcalde Mayor de Bogotá, al encontrar que se configuró un daño patrimonial, de conformidad con el hallazgo 210000-008-16, adelantado por la Dirección Sectorial de Servicios Públicos, dependencia que en desarrollo de visita de control fiscal a la UAESP y la EAB ESP, encontró que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución 25036 de 212 de abril de 2014, declaró que la EAB y la UAESP desconocieron lo previsto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959<sup>17</sup>; en el artículo 365 de la Constitución Política<sup>18</sup> y en la Ley 142 de 1994<sup>19</sup>, al diseñar e implementar el esquema de recolección de basura en el Distrito Capital. Esto, para concluir que, con el pago de la sanción impuesta a la EAAB y la UAESP se configuró un daño patrimonial en cuantía de \$91.949.859.922.

La entidad demandada para justificar su proceder en el fallo de responsabilidad fiscal, sostuvo lo siguiente:

### 3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

#### 3.1 ARGUMENTOS DE DEFENSA

---

<sup>17</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas

<sup>18</sup> ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

<sup>19</sup> Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

### 3.1.1. Alcalde Mayor de Bogotá - Presidente de la Junta Directiva de la EAB E.S.P.

1. Gustavo Francisco Petro Urrego, Miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P. (Período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015).

...

Así, se establece un nuevo marco jurídico para el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de su responsabilidad patrimonial, el cual debe tener origen en la conducta del agente que debe ser dolosa o gravemente culposa, para que pueda procederse a la indemnización resarcitoria a través de la acción de reparación establecida en la ley.

...

A su vez, teniendo en cuenta que la Corte ha fijado un alto grado de afinidad temática ante la acción de responsabilidad fiscal y la patrimonial en las sentencias C-046 de 1994, T-973 de 1999 y C-205 de 2002, es pertinente recordar las definiciones que sobre estos conceptos trae la **Ley 678 de 2001**, teniendo en cuenta el vacío de la Ley 610 de 2000, en esta materia.

"Artículo 5º Dolo...

"ARTÍCULO 6º 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 sus funciones."

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.**
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta o inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal." (Se resalta).

Así las cosas, fue la misma Corte Constitucional la que estableció que en ambos casos, es decir, en la Acción de Repetición y en la Acción de Responsabilidad Fiscal deben recibir el mismo tratamiento de imputación, es decir, culpa grave o dolo, y no fue al capricho de éste Despacho, razón por la cual no le asiste razón al respecto a la defensa.

...

### 3.3. NEXO CAUSAL

...

A continuación se establecerá el Nexo causal para los imputados:

### 3.3.1 Alcalde Mayor de Bogotá – Miembro presidente de la Junta Directiva de la EAB

Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, 'Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012'; Decreto que sirvió de base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012, hecho que tiene relación directa con la imposición de las sanciones por parte de la SIC a la EAB E.S.P. y a la UAESP y el posterior pago de las mismas.

### 3.3.2 Miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P

Los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, y José Orlando Rodríguez Guerrero, Miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos, aprobaron la modificación a los estatutos de la EAB E.S.P., mediante Acta 2480 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva el día 5 de septiembre de 2012, permitiendo además que la EAB E.S.P., desarrollara dentro de su objeto, la prestación del servicio público de aseo, hecho que originó los efectos económicos adversos, con ocasión del diseño, estructuración del esquema de basuras para Bogotá en diciembre de 2012, desconociendo lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 155 de 1959, ocasionando un detrimento patrimonial al Distrito, daño que se materializó con el pago de las sanciones por parte tanto de la EAB E.S.P., como de la UAESP.

De igual manera, se encuentra que la entidad de control al resolver los recursos de reposición, manifestó lo siguiente:

3. Planteamientos esgrimidos por la defensora de oficio del señor Gerardo Ignacio Ardila Calderón, frente a su escrito de recursos, este Despacho le manifiesta que:

...

Frente a este argumento el despacho no ahondara en los argumentos referentes al daño toda vez que fue desarrollado el líneas anteriores, sin embargo respecto a la conducta por la que se Falló Con Responsabilidad en contra del señor Ardila Calderón este despacho reitera, que los miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos, ejerciendo gestión fiscal, de conformidad con el artículo 22 de la ley 222 de 1995... en calidad de administradores, quienes debían obrar de

buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y a quienes dentro de sus actuaciones también les correspondía velar por los intereses de la EAB E.S.P., desconocieron lo establecido en los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Específicamente la actuación en la que se evidencia que Gerardo Ignacio Ardila Calderón, violó manifiesta e inexcusablemente los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa...

...

6. Planteamientos esgrimidos por el apoderado del señor Gustavo Francisco Petro Urrego...frente a su escrito de recursos, este despacho manifiesta que:

...

Si bien la fuente de cada proceso y la naturaleza del mismo son disímiles, el patrimonio público como eje central de las dos acciones es el protagonista para determinar la responsabilidad de quien se le endilga el menoscabo del mismo, esta es la razón por la que con base en una interpretación sistemática y como criterio auxiliar este Despacho trajo a colación las presunciones de dolo y culpa grave consagradas en la Ley 678 de 2001, no porque se les diera aplicación directa sino porque ponían de presente cómo el legislador quiso proteger el bien jurídico del patrimonio público determinando ciertas conductas que, lejos de establecer una responsabilidad objetiva lo que produce es el efecto de invertir la carga de la prueba, a la postre permitió ilustrar con mayor detalle las razones por las que se consideró y calificó la conducta desplegada por los investigados.

Nunca se les dio aplicación directa a las presunciones de dolo y culpa grave de la acción de repetición puesto que con el material probatorio que reposa en el expediente se logró fundamentar el actuar negligente y descuidado de los que aquí se investigaron.

A más de lo anterior, y tal como se afirmó en el Fallo Con Responsabilidad N° 03 de 20 de octubre de 2017, 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 fiscales solo a actos relacionados con la ejecución 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.

...

7. Respecto de los planteamientos de la apoderada del señor Alberto José Merlano... frente a su escrito de recursos, este Despacho le manifiesta que:

No se preñunciará al respecto, teniendo en cuenta que únicamente interpuso recurso de Apelación, debiendo la segunda instancia pronunciarse por ser de su competencia.

8. Respecto de los planteamientos presentados por el apoderado de la señora María Mercedes Maldonado Copello, frente a su escrito de recursos... este Despacho le manifiesta que:

...

Si bien la fuente de cada proceso y la naturaleza del mismo son disímiles, el patrimonio público, como eje central de las dos acciones, es el protagonista para determinar la responsabilidad de quien se le endilga el menoscabo del mismo, esta es la razón por la que con base en una interpretación sistemática y como criterio auxiliar este Despacho trajo a colación las presunciones de dolo y culpa grave consagradas en la Ley 678 de 2001, no porque se les diera aplicación directa sino porque ponían de presente como el legislador quiso proteger el bien jurídico del patrimonio público determinando ciertas conductas que, lejos de establecer una responsabilidad objetiva lo que produce es el efecto de invertir la carga de la prueba, a la postre permitió ilustrar con mayor detalle las razones por las que se consideró y calificó la conducta desplegada por los investigados.

Nunca se les dio aplicación directa a las presunciones de dolo y culpa grave de la acción de repetición puesto que con el material probatorio que reposa en el expediente se logró fundamentar el actual negligente y descuidado de los que aquí se investigaron.

Corolario de lo anterior, se debe indicar que el despacho en el fallo que se recurre, bien claro logró establecer y demostrar que las acciones desplegadas por los declarados responsables fiscalmente, generaron el daño al patrimonio del Estado que se investiga en este proceso, por lo que es evidente que la intervención hecha por los miembros de la Junta Directiva fue determinante para que se llevaran a cabo los procesos contractuales del diseño, estructuración e implementación del nuevo esquema de aseo en diciembre de 2012 para la ciudad de Bogotá, en desconocimiento a lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959...

Adicionalmente, en la resolución confirmatoria, la demandada al resolver los recursos de apelación, sostuvo:

**i) En cuanto al señor "3.3. Gerardo Ignacio Ardila Calderón":**

...

Atendiendo a lo expresado, no le es dable a este Despacho, acoger la tesis del recurso de apelación, de manera que procederá a confirmar el fallo de primera instancia, en el que encontraron probados los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal del señor Gerardo Ignacio Ardila Calderón, dada su calidad de miembro de la junta directiva de la EAB E.S.P., a saber:

EL DAÑO: Esto es, el efecto económico adverso constitutivo de detrimento patrimonial al Distrito Capital causado con el diseño e implementación del esquema de basuras para Bogotá a partir de diciembre de 2012, en desconocimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia, representado en la imposición de las multas por parte de la SIC mediante Resoluciones 25036 y 53788 de 2014.

LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA A TÍTULO DE CULPA GRAVE: Dada la falta de diligencia, lealtad y cuidado de un buen hombre de negocios en la conducta del apelante como miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., de quien era exigible un actuar enmarcado en la buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, que velara por los intereses de la entidad, al tenor de lo dispuesto en el ... artículo 22 de la ley 222 de 1995, sin que le fuera posible subrogarse del cumplimiento de las normas que rigen el ejercicio de la función pública y la garantía de los fines esenciales del estado.

EL NEXO CAUSAL: Que aparece evidenciado en la conducta gravemente culposa del gestor fiscal, sin la cual no hubiera sido posible la ocurrencia del daño patrimonial, como quiera (sic) que su participación en las deliberaciones propias de la Junta Directiva, de la que era miembro principal, para adoptar las decisiones que se estimaran convenientes en relación con la implementación del esquema de aseo, así como la aprobación de la modificación a los estatutos de la EAB E.S.P., para incluir en el objeto social la prestación del servicio público de aseo, desconociendo el régimen colombiano de protección de la competencia, constituyeron los hechos generadores de los efectos económicos adversos materializados en la multa impuesta por la SIC.

...

**ii) Respecto del señor "3.6. Gustavo Francisco Petro Urrego":**

...

Tampoco es de recibo el argumento de la indebida aplicación del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 en la imputación de responsabilidad fiscal que plantea el apelante, puesto que, está analizando de manera aislada los argumentos expuestos por el *a quo*, sin tener en cuenta que se refirió a dicha disposición a manera ejemplificativa, en orden a dar mayor completitud a su argumentación, habida cuenta que las presunciones de dolo y de culpa grave fueron establecidas en esa norma con el objeto determinar la responsabilidad del gestor fiscal en relación con el proceso contractual y el ejercicio de la función administrativa que conlleva el reconocimiento y pago de salarios o prestaciones sociales.

Bajo tal entendido, como lo que aquí se evalúa es la gestión fiscal antieconómica e ineficiente del apelante en el diseño, estructuración e implementación del esquema de basuras en la ciudad de Bogotá, el fallador de primera instancia hizo uso de las presunciones de culpabilidad establecidas en la normativa civil, aclarando en todo caso, que conforme a la Sentencia C-619 de 2002, en materia de responsabilidad fiscal solo se admiten 2 de las modalidades de culpa consagradas en el artículo 63 del Código Civil.

...

Como consecuencia de ello, el *a quo* probó que el actuar negligente y descuidado del señor Petro Urrego en su calidad de Alcalde Mayor y de miembro Presidente de la Junta Directiva de la EAB, violó de manera manifiesta e inexcusable una norma de derecho, esto es, los artículos 365 de la Constitución política y 1 de la Ley 155 de 1959, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, así como también, que las conductas gravemente culposas que desplegó fueron determinantes en el proceso de diseño, estructuración e implementación del nuevo esquema de aseo para Bogotá en diciembre de 2012.

Ahora bien, respecto de su afirmación de que la Contraloría incurrió en una vía de hecho, por confundir los criterios de imputación para establecer el grado de responsabilidad fiscal y fundamentar su decisión en una norma que regula la acción de repetición, incompatible con el proceso de responsabilidad fiscal, se reitera lo expuesto en precedencia, en tanto y en cuanto, no se hizo uso del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, a lo que debe agregarse que por tal razón, nunca se configuró una vía de hecho.

...

Corolario de lo anterior, se ratifica, que no es válido el alegato del apelante relacionado con la incorrecta valoración de la responsabilidad, como quiera (sic) que en el sub lite se encuentran plenamente demostrados los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal, así:

GESTIÓN FISCAL: El actuar reprochable al señor Petro Urrego, como Alcalde Mayor de Bogotá y como miembro Presidente de la Junta Directiva de la EAB, es el que desarrolló con el diseño, estructuración e implementación del nuevo esquema de aseo para Bogotá, pues de una

parte, en calidad de Alcalde Mayor, impartió las órdenes a los funcionarios Distritales y a la Policía de Bogotá, en función de la implementación del nuevo esquema de basura, en desconocimiento del régimen de libre competencia aplicable en Colombia, y de otra parte, participó abiertamente de manera personal y a través del señor Diego Fernando Bravo Borda Gerente General de la EAB, para la época de los hechos, en las reuniones en las que se aprobó la ampliación del objeto social de la EAB y en las que se tomaron decisiones sobre el esquema de aseo para la ciudad.

...

EL DAÑO: Esto es, el efecto económico adverso constitutivo de detrimento patrimonial al Distrito Capital causado con el diseño e implementación del esquema de basuras para Bogotá a partir de diciembre de 2012, en desconocimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia, representado en la imposición de las multas por parte de la SIC mediante Resoluciones 25036 y 53788 de 2014.

LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA A TÍTULO DE CULPA GRAVE: Dada la falta de diligencia, lealtad y cuidado de un buen hombre de negocios en la conducta del apelante, ya que es claro para el despacho que, con su actuar contribuyó a la contravención del régimen legal vigente para la prestación del servicio público de aseo en Colombia, conforme lo establecido en los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución [P]olítica, la ley 142 de 1994, contrariando lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, en el entendido de que le era exigible, por la condición que ostentaba, realizar los fines y cometidos estatales dando cumplimiento a la normatividad vigente.

De lo anterior se desprende que la valoración subjetiva de la conducta del señor Petro Urrego se hizo a título de culpa grave, en razón a que la falta de diligencia y cuidado con que obró, cuando era su obligación custodiar y proteger los bienes del Distrito como si se tratara de los propios, (artículo 63 del Código Civil), esto es, haber realizado una gestión fiscal indebida de tal forma que violó normas constitucionales y legales, cuales son: El artículo 3 de la Ley 610 de 2000 que consagra los principios de la gestión fiscal, el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994, el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el régimen colombiano de protección de la competencia.

EL NEXO CAUSAL: Que aparece evidenciado en la conducta gravemente culposa del imputado sin la cual no hubiera sido posible la ocurrencia del daño patrimonial, como quiera (sic) que el hecho generador de los efectos económicos adversos materializados en la multa impuesta por la SIC, fue la expedición, en su calidad de Alcalde Mayor, del Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, "Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268



de 2010,275 de 2011 y 084 de 2012”, que sirvió de base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012, que necesariamente trajo como resultado el hecho dañoso que produjo merma a las finanzas del Distrito.

De igual forma, en su condición de miembro Presidente de la Junta Directiva de la EAB E.S.P. fue la aprobación, en reunión extraordinaria de la Junta, de la modificación a los estatutos de la EAB E.S.P., tal como consta en Acta 2480 del 5 de septiembre de 2012, conforme a la cual, se permitió a la EAB E.S.P. desarrollar dentro de su objeto la prestación del servicio público de aseo, con lo que se causaron los efectos económicos adversos, al patrimonio de Bogotá.

Del acervo probatorio que reposa en el expediente, se encuentra demostrado que el señor Gustavo Petro en reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P. (Acta No. 2482 de fecha 2 de octubre de 2012 obrante a folios 1882 a 1887), socializó a los demás miembros las actividades desplegadas por su administración, para cumplir con las providencias de la Corte Constitucional dentro del plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana, concentradas principalmente en la inclusión de la población recicladora.

Para lo anterior impartió instrucciones para constituir una empresa, capitalizar unos recursos de la EAB E.S.P. y adquirir la flota compactadora para asumir la prestación del servicio de aseo dentro del esquema de aseo, advirtiendo que "no es de libre competencia para la ciudad".

Igualmente, en Actas de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., Nos. 2480 del 5 de septiembre de 2012 (folios 1871 a 1878) y 2483 del 12 de octubre de 2012 (folios 1390 a 1400), informó a los demás miembros que tanto el modelo de aseo para la ciudad de Bogotá como su implementación eran decisiones tomadas por la Administración Distrital, conforme los lineamientos que impartió en su calidad de Alcalde Mayor.

Ello, sin dejar de lado la ocurrencia de otros hechos como que, en su condición de Alcalde Mayor, impidió el acceso de los operadores Lime, Aseo Capital, Atesa y Ciudad Limpia al Relleno Sanitario Doña Juana, a través de las órdenes que impartió a la Policía para el efecto, así como también designó a siete de los nueve miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., lo que le permitió reunir la mayoría necesaria para la toma de cualquier decisión e influir directamente en todas las determinaciones que ésta adoptara, puesto que también era miembro de la Junta Directiva; de manera que el *a quo* encontró plenamente comprobada la capacidad de injerencia de Gustavo Petro, como suprema autoridad administrativa de Bogotá, en todos los aspectos del diseño e implementación del esquema de basuras.

Es claro entonces, que contrario a lo afirmado por el recurrente, la decisión adoptada por el a quo, no solo tuvo sustento en los hechos probados por la SIC, sino en todas las pruebas allegadas al plenario, en las propias manifestaciones de Gustavo Petro ante los medios de comunicación y el Senado de la Rep[ú]blica, que en términos generales, en convenios y contratos suscritos por la UAESP y a la EAB E.S.P., en la modificación de los estatutos la EAB E.S.P. registrados en sendas actas, en virtud de los cuales prestó de forma exclusiva y excluyente el servicio público de aseo en Bogotá.

Circunstancias estas, que dan cuenta del actuar activo u omisivo con el que se infringió el régimen de libre competencia establecido en la Constitución y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, consecuencia del cual, la SIC sancionó a la UAESP y a la EAB E.S.P.

### **iii) Frente al señor “3.7. Alberto José Merlano Alcocer”:**

...

Contrario a lo afirmado por el recurrente, en su condición de miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., sí conoció y discutió la legalidad del modelo de recolección de basuras para la ciudad de Bogotá, ya que tanto él como los demás miembros, estuvieron al tanto de la posición del Alcalde Mayor, también miembro de la Junta Directiva, razón por la cual, estaban en la obligación de cuestionar e indagar sobre la posible violación de la constitución y demás normas sobre libre competencia en el servicio de aseo, dado su deber de actuar con el cuidado y la debida diligencia de un hombre de negocios; de igual forma, no existe duda de que la actuación de los miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., incluido el apelante, al aprobar el cambio del objeto de la empresa se erige como un antecedente de las sanciones y los efectos económicos adversos al patrimonio del Distrito.

En esa medida, se desestiman los argumentos del apelante, de modo que se confirmará la decisión de primera instancia, en la que encontraron probados los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal del señor Alberto José Merlano Alcocer como gestor fiscal, dada su calidad de miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P, y que se enuncian a continuación:

EL DAÑO: Esto es, el efecto económico adverso constitutivo de detrimento patrimonial al Distrito Capital causado con el diseño e implementación del esquema de basuras para Bogotá a partir de diciembre de 2012, en desconocimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia, representado en la imposición de las multas por parte de la SIC mediante Resoluciones 25036 y 53788 de 2014.

LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA A TÍTULO DE CULPA GRAVE: Dada la falta de diligencia, lealtad y cuidado de un buen hombre de negocios en la conducta del apelante como miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., de quien era exigible un actuar enmarcado en la buena fe, lealtad

y diligencia de un buen hombre de negocios, que velara por los intereses de la entidad, al tenor de lo dispuesto en el ... artículo 22 de la ley 222 de 1995, sin que le fuera posible subrogarse del cumplimiento de las normas que rigen el ejercicio de la función pública y la garantía de los fines esenciales del estado.

Específicamente la actuación en la que el fallo de primera instancia evidenció que el señor Alberto José Merlano Alcocer violó manifiesta e inexcusablemente los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales encuadró su conducta como gravemente culposa, es su participación en Junta Directiva del 5 de septiembre de 2012, en la que se aprobó por unanimidad y sin evidencia de objeción alguna por los imputados, la reforma estatutaria de la EAB E.S.P., con el objetivo de ampliar su objeto social con el fin de permitir que la ciudad de Bogotá tuviera una empresa de carácter público, para la prestación de servicio de aseo sin atender la prevalencia del interés general ni la primacía de la constitución

EL NEXO CAUSAL: Que aparece evidenciado en la conducta gravemente culposa del gestor fiscal, sin la cual no hubiera sido posible la ocurrencia del daño patrimonial, como quiera (sic) que su participación en las deliberaciones propias de la Junta Directiva, de la que era miembro principal, para adoptar las decisiones que se estimaran convenientes en relación con la implementación del esquema de aseo, así como la aprobación de la modificación a los estatutos de la EAB E.S.P., para incluir en el objeto social la prestación del servicio público de aseo, desconociendo el régimen colombiano de protección de la competencia, constituyeron los hechos generadores de los efectos económicos adversos materializados en la multa impuesta.

De donde se concluye que el apelante actuó con desconocimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia, de manera que no actuó con la lealtad o la diligencia de un buen hombre de negocios y como consecuencia de ello, se produjeron una serie de efectos económicos adversos materializados en la imposición de sanciones por parte de la SIC, constitutivos del daño patrimonial al Distrito Capital.

#### **iv) Respecto de la señora "3.8. María Mercedes Maldonado Copello":**

...

Reitera este Despacho a la apelante; que si bien el pago de las multas materializó los efectos económicos de la adopción del esquema de basuras, lo que se reprocha es la gestión fiscal ineficiente e ineficaz, con la que actuaron los miembros de la Junta Directiva, al no analizar que el esquema de Aseo que les estaban presentando y el cual ayudaron a diseñar e implementar desconocía lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de

protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Por lo anterior, resulta probado el desconocimiento abierto, publico e innegable de lo establecido en los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, pues para el momento de los hechos los miembros de la Junta Directiva incluida la señora María Mercedes Maldonado Copello, no actuaron con lealtad, ni con la diligencia de un buen hombre de negocios, lo que derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC mediante Resoluciones N° 25036 de 2014 y N° 53788 de 2014, ocasionando el efecto económico adverso constitutivo de daño patrimonial al Distrito Capital.

Atendiendo a lo expuesto, es claro que no le asiste razón a la apelante, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia, en el que se encontraron probados los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal de la señora María Mercedes Maldonado Copello, dada su calidad de miembro de la junta directiva de la EAB E.S.P., que se citan a continuación:

**EL DAÑO:** Esto es, el efecto económico adverso constitutivo de detrimento patrimonial al Distrito Capital causado con el diseño e implementación del esquema de basuras para Bogotá a partir de diciembre de 2012, en desconocimiento de la normativa vigente en materia de libre competencia, representado en la imposición de las multas por parte de la SIC mediante Resoluciones 25036 y 53788 de 2014.

**LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA A TÍTULO DE CULPA GRAVE:** Dada la falta de diligencia, lealtad y cuidado de un buen hombre de negocios en la conducta del apelante como miembro de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., de quien era exigible un actuar enmarcado en la buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, que velara por los intereses de la entidad, al tenor de lo dispuesto en el ... artículo 22 de la ley 222 de 1995, sin que le fuera posible subrogarse del cumplimiento de las normas que rigen el ejercicio de la función pública y la garantía de los fines esenciales del estado.

**EL NEXO CAUSAL:** Que aparece evidenciado en la conducta gravemente culposa del gestor fiscal, sin la cual no hubiera sido posible la ocurrencia del daño patrimonial, como quiera (sic) que su participación en las deliberaciones propias de la Junta Directiva, de la que era miembro principal, para adoptar las decisiones que se estimaran convenientes en relación con la implementación del esquema de aseo, así como la aprobación de la modificación a los estatutos de la EAB E.S.P., para incluir en el objeto social la prestación del servicio público de aseo, desconociendo el régimen colombiano de protección de la competencia,

constituyeron los hechos generadores de los efectos económicos adversos materializados en la multa impuesta por la SIC.

Así las cosas, la Sala observa que en la motivación de la contraloría demandada se sostuvo que los demandantes son responsables fiscalmente pues incurrieron en conductas "gravemente culposas" por "violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho", bajo la referencia de lo señalado en la Ley 678 de 2001 en el fallo de responsabilidad fiscal, al referir que "... teniendo en cuenta que la Corte ha fijado un alto grado de afinidad temática ante la acción de responsabilidad fiscal y la patrimonial en las sentencias C-046 de 1994, T-973 de 1999 y C-205 de 2002, es pertinente recordar las definiciones que sobre estos conceptos trae la Ley 678 de 2001, teniendo en cuenta el vacío de la Ley 610 de 2000, en esta materia"; causal que resaltó en dicha decisión el numeral 1º del artículo 6º, para con ello establecer que se encontraba probada tal responsabilidad en la actuación desplegada por:

i) El señor Gustavo Francisco Petro Urrego porque en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá profirió el *Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012*, el cual sirvió de base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012, objeto de la sanción pecuniaria por parte de la SIC. Así se señaló al decidir sobre el elemento "3.3 nexos causales" en el fallo objeto de demanda.

Luego, en el acápite de "3.4 conducta a título de culpa grave" de la decisión acusada, frente a dicho demandante se señalaron las "actuaciones irregulares", las que "... en su condición de gestor fiscal se encuentran en la **violación manifiesta e inexcusable del artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa**".

ii) Los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, y José Orlando Rodríguez Guerrero porque como miembros de la Junta Directiva de la EAB ESP, para el momento de los hechos, aprobaron la modificación a los estatutos de la EAB ESP, mediante Acta 2480 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva del 5 de septiembre de 2012, permitiendo además que la EAB E.S.P., desarrollara dentro de su objeto, la prestación del servicio público de aseo, lo cual originó

los efectos económicos adversos, con ocasión del diseño, estructuración del esquema de basuras para Bogotá en diciembre de 2012. Así, se consideró al establecer el elemento “3.3 nexos causales” en el fallo objeto de demanda.

Frente a estos demandantes, en el fallo de responsabilidad fiscal en el acápite de “3.4 conducta a título de culpa grave”, se indicó:

Específicamente la actuación en las que se evidencia que los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, José Orlando Rodríguez Guerrero, **violaron manifiesta e inexcusablemente los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa...**

De modo que, para la entidad demandada los demandantes en condición de miembros de la Junta Directiva de la EAB ESP, aprobaron las modificaciones estatutarias tendientes a transformar la empresa para prestar el servicio público de aseo, sin tener la experiencia ni la capacidad para hacerlo, lo que conllevó la imposición de una serie de sanciones pecuniarias por violación al régimen de la libre competencia por parte de la SIC; lo cual derivó en la violación de la Constitución y las leyes sobre servicios públicos domiciliarios y libre competencia.

Lo anterior, puesto que con la gestión fiscal adelantada por los demandantes se generó un daño como “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”, para lo cual, se reitera, la entidad demandada aludió a la configuración de la culpa grave establecida en la Ley 678 de 2001<sup>20</sup>, la cual regula los aspectos de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición.

Así, se indica que la acción de repetición está prevista en el artículo 90 de la Constitución Política en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades

---

<sup>20</sup> Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

públicas. [ ] En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

En el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición es una acción de carácter patrimonial que se ejerce contra el servidor público cuya conducta dolosa o gravemente culposa ha ocasionado una condena al Estado.

Por otro lado, la Constitución Política, en el artículo 268, numeral 5, le asigna al contralor General de la República la función de “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso”.

En ese orden, la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, señala como objeto de la responsabilidad fiscal el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, de la siguiente manera:

Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

En la precitada norma, en su artículo 3º se define la gestión fiscal como “el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren 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.

En relación con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional en la sentencia SU-620 de 1996 señaló:

Es un proceso 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.

En el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 se establece la remisión a otras fuentes normativas de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 66. REMISION 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.

Así, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000 el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta<sup>21</sup>, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Por tanto, su objeto es 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<sup>22</sup>. En ese orden, deberán observarse

---

<sup>21</sup> Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001. Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, "bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal".

<sup>22</sup> Aparte subrayado del texto original declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 2001.



siempre en su trámite los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículo 4º ibidem).

A su vez, en el párrafo 1º del precitado artículo se señaló que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Al respecto, la Corte Constitucional frente al proceso de responsabilidad fiscal ha reconocido su naturaleza netamente y/o eminentemente administrativa<sup>23</sup>, pero además, que es "esencialmente patrimonial y no sancionatorio"<sup>24</sup>, dado que la responsabilidad que se declara es básicamente patrimonial, en la medida en que a consecuencia de su determinación, el responsable debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una suma pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal<sup>25</sup>.

En ese orden, el proceso de responsabilidad fiscal no es una manifestación del poder punitivo ni sancionatorio del Estado, por cuanto, su adopción no conlleva la imposición de una pena o sanción, ya que no se orienta a reprimir una conducta reprochable, sino eminentemente reparatoria<sup>26</sup>.

Así las cosas, es por configuración legal normativa que se consagró el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías en la Ley 610 de 2000, sin descartar la remisión a otras fuentes normativas frente a los aspectos no previstos o regulados por dicha norma.

No obstante, se precisa que tal remisión no se efectuó de forma abierta a cualquier compendio normativo, sino de carácter procesal, pues en su artículo 66 ibidem contempló aquellos ordenamientos a los se debía acudir, en su orden, en caso de algún vacío de regulación para el asunto en cuestión en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, a saber:

En **primer lugar**, al Código Contencioso Administrativo (actualmente Código de Procedimiento Administrativo y de lo

---

<sup>23</sup> Entre otras, en las sentencias C-840 de 2001, C-340 de 2007 y C-083 de 2015.

<sup>24</sup> Sentencia C-512 de 2013.

<sup>25</sup> Corte Constitucional sentencias SU-620 de 1996 y T-151 de 2013.

<sup>26</sup> Sentencia C-340 de 2007.

Contencioso Administrativo). En **segundo lugar**, al Código de Procedimiento Civil (Código General del Proceso) y, **por último**, al Código de Procedimiento Penal. En materia de policía judicial, a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

En lo particular, se precisa que la Ley 610 de 2000 reguló lo siguiente acerca de la culpa en el fallo de responsabilidad fiscal:

ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-619 de 2002, por los motivos que más adelante se expondrán.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, estableció:

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.

...

### SUBSECCIÓN III.

DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y AL  
PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

...

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.

Conforme con lo expuesto, se observa que para los procesos de responsabilidad fiscal la Ley 1474 de 2011, al establecer las "*disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal*", en su artículo 118 de manera taxativa enlistó unos eventos en los que se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave; referidos estos a cinco eventos en los que es posible presumir que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave, en procesos de contratación estatal y al reconocimiento y pago de emolumentos laborales.

A su vez, en el artículo 105 se contempló la remisión a las previsiones de la Ley 610 de 2000 para aquellos aspectos no previstos en la mencionada norma.

En lo particular, se encuentra que en los actos acusados, se estableció como criterio de imputación frente al daño antijurídico, que la actuación y/o conducta de los demandantes fue a título de culpa grave, para lo cual, acudió a la Ley 678 de 2001<sup>27</sup>, que estipulaba, para el momento de los hechos, lo siguiente:

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

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

ARTÍCULO 6. 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.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

---

<sup>27</sup> Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. En la norma actual se establece: "Se presumirá 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."

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar ~~manifiesta~~ **inexcusablemente** el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

La aludida Ley 678 de 2001 contempló el dolo y la culpa grave para la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

De igual manera, debe indicarse que si bien la **presunción de culpa grave en los casos en que el reproche fiscal se deriva de la violación de la Constitución y las leyes sobre servicios públicos domiciliarios y libre competencia** taxativamente no se encuentra regulada por las Leyes 610 de 2000 y la 1474 de 2011 -lo que se traduce en la atipicidad de la falta para atribuir una responsabilidad fiscal-; no obstante, la entidad demandada no podía acudir a la precitada Ley 678 de 2001 sobre responsabilidad de los agentes del Estado con fines de repetición.

Así las cosas, se encuentra que, la entidad demandada, a pesar de disponer de normas especiales que regulan las causales de las presunciones de culpa aplicables al proceso de responsabilidad fiscal y sin atender a la remisión expresa de las Leyes 610 de 2000 y de 1474 de 2011, acudió a la Ley 678 de 2001, norma esta destinada a la responsabilidad patrimonial de agentes del estado a través de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con las mismas finalidades.

A su vez, la parte demandada en su contestación señaló que no era viable aplicar de forma exclusiva las causales del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, puesto que, no eran aplicables al caso concreto, no son taxativas y, por ende, se podían complementar con otras disposiciones normativas.

Para tal efecto, la demandada consideró que, por 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 la Ley 1437 de 2011, el cual prevé en su artículo 142 el medio de control de repetición, el que, a su juicio, es compatible con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

Así, la demandada citó la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, la Sala considera procedente el análisis del mencionado pronunciamiento de la Corte Constitucional, para establecer si en efecto resultaba procedente extender las presunciones de dolo y culpa grave de la acción de repetición al procedimiento de responsabilidad fiscal, así:

A través de esta decisión, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la demanda promovida en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra del parágrafo 2º del artículo 4º y la expresión "leve" del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

En la aludida sentencia se decidió: "Declarar INEXEQUIBLES, el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000." Tal parágrafo 2º contemplaba: "PARAGRAFO 2o. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve."

Entre las motivaciones plasmadas en dicha providencia, se encuentran las siguientes:

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que

generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

...

6.8. Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad -tanto la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado...

6.9. Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía. En efecto, conforme a lo estatuido en las normas impugnadas, si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar. Pero si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo -a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción-, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicho grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia que existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público.

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte ... ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78)." (subrayado fuera del texto)

El Alto Tribunal Constitucional consideró que, la regla de derecho que, desde una óptica estrictamente constitucional, establece la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. Por lo que, el grado de "culpa leve" que referían de manera expresa los artículos 4º párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 se consideró inconstitucional y, en consecuencia, declarado inexecutable.

De manera que, se observa que, si bien la Corte Constitucional se refirió a la naturaleza del procedimiento de responsabilidad fiscal, también destacó el grado de afinidad temática entre la acción de responsabilidad fiscal y la de repetición, e incluso con la reparación directa, lo cierto es que en dichas decisiones no se estableció la regla o subregla de derecho que permita extender las presunciones de dolo y culpa grave de la acción de repetición al de responsabilidad fiscal.

Por consiguiente, no resulta acertado el sustento jurisprudencial sobre el cual la Contraloría demandada pretendió justificar su motivación de extender las causales o eventos de presunción de culpa grave del medio de control de repetición al procedimiento de responsabilidad fiscal, ni siquiera porque la Ley 1437 de 2011 contempló tal medio de control, puesto que, el aludido medio de control es de naturaleza judicial y la responsabilidad fiscal es administrativa.

Por tanto, se advierte que pese a las similitudes mencionadas por el Alto Tribunal Constitucional en cuanto a que en ambas tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado; lo cierto es que la naturaleza jurídica de estas difiere, en tanto que uno corresponde a un medio de control judicial, mientras que el otro, es un procedimiento que se adelanta en sede administrativa.

Adicionalmente, en cuanto a las presunciones de dolo y culpa como formas constitucionales de responsabilidad subjetiva, se precisa que la referida Corporación en la sentencia C-225 de 2017 recordó que solo pueden tener fuente legal. Al respecto, dicha Corporación sostuvo:

Se trata de una técnica normativa a la que recurre el legislador quien, en la búsqueda de proteger un interés valioso<sup>28</sup>, convierte en asunto relevado de prueba, para efectos de convicción<sup>29</sup>, ciertos hechos o circunstancias, a partir de un hecho base que debe estar debidamente probado<sup>30</sup>. Con esta medida, el legislador busca atribuir ex ante<sup>31</sup>, de manera adecuada, la carga de la

---

<sup>28</sup> "Las presunciones son un procedimiento de técnica jurídica acogido por el legislador en ejercicio de la libertad de configuración normativa de las instituciones procesales, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos": Corte Constitucional, sentencia C-123/06.

<sup>29</sup> "presumir significaría dar una cosa por cierta": Corte Constitucional, sentencia C-595/10.

<sup>30</sup> "La ley puede prever que, a partir de ciertos antecedentes o circunstancias ciertas y conocidas, es posible deducir un hecho, a modo de presunción": Corte Constitucional, sentencia C-512/13.

<sup>31</sup> En esto se diferencian las presunciones, de otras formas de atribución de la carga de la prueba, como la judicial, que se ejerce a través del poder de distribución adaptada o dinámica de la misma, de acuerdo



prueba, partiendo de un razonamiento construido a partir de la lógica y la experiencia<sup>32</sup>, de lo que normalmente ocurre, a efectos de invertir el deber de prueba hacia el hecho contrario.

En ese orden, la operancia de la presunción requiere de la plena prueba del hecho antecedente, lo cual se encuentra delimitado en la Ley, por lo que, en tal sentido, las presunciones de dolo o de culpa son "afectaciones directas de la presunción de inocencia que, a pesar de no ser de la entidad de la responsabilidad objetiva, sí exigen que la medida adoptada por el legislador resulte razonable y proporcionada, para ser constitucional".

Así las cosas, descartada la procedencia de la extensión a la cual acudió la entidad demandada para aplicar las causales de presunción de culpa grave de la acción de repetición en el asunto sometido a su conocimiento relativo al procedimiento de responsabilidad fiscal adelantado en contra del demandante, la Sala procede a establecer si los eventos de presunción de culpa grave descritos en la Ley 1474 de 2011 fueron objeto de análisis de constitucionalidad.

Mediante sentencia C-512 de 2013, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 118 de la mencionada norma, para lo cual, agregó, como *ratio decidendi* lo siguiente: "Establecer presunciones legales de dolo y de culpa, para efectos de determinar la culpabilidad en procesos de responsabilidad fiscal, no vulnera la presunción de inocencia ni el principio de la buena fe, si dichas presunciones buscan dar seguridad a situaciones relevantes, protegen bienes jurídicos valiosos y no contravienen la lógica y la experiencia".

En este pronunciamiento, la referida corporación encontró que la posibilidad de establecer presunciones de dolo y de culpa en procesos de responsabilidad fiscal no desconoce la presunción de inocencia y el principio de buena fe, ni contraviene lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución.

Así, se observó que la constitucionalidad de la afectación de la presunción de inocencia resultó de la ponderación realizada respecto

---

con el artículo 167 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-086/16.

<sup>32</sup> "Al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos": Corte Constitucional, sentencia C-669/05.

de la eficacia en la lucha contra la corrupción y la protección efectiva del patrimonio público, necesario para la realización del interés general.

A su vez, se recogieron los criterios establecidos para juzgar la constitucionalidad de este tipo de medidas al considerar que “[l]as presunciones deben obedecer a la realidad empírica y perseguir un fin constitucionalmente valioso. Y deben hacerlo de manera razonable y proporcionada.”

En la sentencia C-388 de 2000 dichas condiciones se expresaron de la siguiente manera: es necesario que la presunción “aparezca como razonable, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin”.

En consecuencia, la Sala considera erróneo el argumento de la entidad demandada, según el cual debía sustentarse en la Ley 678 de 2001, pues las causales del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, solo se refieren a asuntos de contratación o del reconocimiento y pago de emolumentos laborales; esto pues podía acudir desde el fallo de responsabilidad fiscal a la calificación de la conducta culposa descrita en el artículo 63 del Código Civil<sup>33</sup>, mas no *ex post* al resolver las apelaciones. En la sentencia de 8 de mayo de 2014<sup>34</sup> se indicó:

Por lo anterior, la Sala entra en el análisis de la conducta de la actora, el daño cierto causado a la entidad, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño, teniendo en cuenta que el Código Civil en su artículo 63 define la culpa grave o lata como la negligencia consistente en no manejar los negocios ajenos (en este caso los públicos), con el cuidado que aún las

---

<sup>33</sup> ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: María Elizabeth García González, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00153-01.

personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios.

En el caso concreto, se observa que, la contraloría demandada al resolver los recursos de apelación en contra del acto inicial, hizo mención a que, como se evaluaba la gestión fiscal antieconómica e ineficiente del apelante –Gustavo Francisco Petro Urrego– en el diseño, estructuración e implementación del esquema de basuras en la ciudad de Bogotá, “el fallador de primera instancia hizo uso de las presunciones de culpabilidad establecidas en la normativa civil”; lo cual carece de asidero, pues como quedó establecido, la contraloría se sustentó inicialmente en la Ley 678 de 2001 para atribuirle la culpa grave a la parte demandante.

Tan es así que, en dicha resolución confirmatoria señaló “... aclarando en todo caso, que conforme a la Sentencia C-619 de 2002, en materia de responsabilidad fiscal solo se admiten 2 de las modalidades de culpa consagradas en el artículo 63 del Código Civil”; pero tal atribución de la conducta no se estableció desde el fallo de responsabilidad fiscal recurrido; de modo que, se varió uno de los elementos constitutivos para declararla.

Al respecto, resulta del caso recordar que, la Ley 1437 de 2011 contempla: “ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluir la.”

No obstante, tal corrección no puede sustentarse en elementos sustanciales que afecten el debido proceso administrativo, como lo es, la adecuación o subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma aplicable. En tal caso, bajo una interpretación armónica con los principios de legalidad y eficacia, tal error no puede corregirse simplemente con una aplicación formal de la norma correspondiente, sino que lo procedente es dejar sin efectos la actuación administrativa y retrotraerla al estado anterior de cuando ocurrió el respectivo vicio.

Esto, pues “[s]e trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.”<sup>35</sup> Por tanto, la motivación del acto sancionador debe ser suficiente y objetiva, además de tener en cuenta la finalidad y proporcionalidad de la sanción.

Por tanto, se encuentra que, si bien la entidad demandada pretendió sanear tal falta procedimental, lo cierto es que, ni siquiera en la resolución en mención logró establecer la adecuación que en relación con el señor Petro Urrego hizo a título de culpa grave, pues al respecto refirió de manera genérica que “...en razón a que la falta de diligencia y cuidado con que obró, cuando era su obligación custodiar y proteger los bienes del Distrito como si se tratara de los propios, (artículo 63 del Código Civil), esto es, haber realizado una gestión fiscal indebida de tal forma que violó normas constitucionales y legales”.

Así, se precisa que el proceso de responsabilidad fiscal como el de repetición, cuentan con su propio régimen de presunciones de culpa, los cuales ya han sido declarados ajustados a la Constitución por parte de la Corte Constitucional y, por ende, tienen su propia fuente legal.

Por lo que, tampoco resulta acertado que la Contraloría demandada indicara que las causales estipuladas en la precitada norma no eran taxativas y, en razón de ello podía complementar con otras disposiciones normativas, pues no procedía la extensión de las causales, toda vez que no existe remisión expresa de la Ley 610 de 2000 a la Ley 678 de 2001.

De igual manera, se observa que la administración tampoco podía acudir a las presunciones de dolo y culpa grave consagradas en la Ley 678 de 2001, como “criterio auxiliar” bajo la interpretación sistemática que pretendió aplicar, pues tratándose de presunciones solo pueden tener fuente legal y no procede la aplicación analógica de las normas.

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 15 de noviembre de 2017, expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00.

Es tal la diferencia entre las normas en que se desarrolla la responsabilidad fiscal respecto de como se aborda la responsabilidad patrimonial de los servidores en la Ley 678 de 2001, que en la SU-354 de 2020 la Corte Constitucional<sup>36</sup>, al resolver una acción de tutela contra providencia judicial, analizó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en los términos del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, exigiendo más rigurosidad en el análisis subjetivo que se realice, incluyendo incluso a la revisión de los manuales de funciones para valorar la conducta del agente estatal:

“Los jueces de lo contencioso administrativo deben adoptar las previsiones correspondientes para que la condena que se imponga como producto de una acción de repetición en los términos del artículo 90 superior, no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. En particular, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el monto al que haya sido condenado el Estado como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes puede serle atribuido a éstos, en atención a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la potencialidad dañosa de la actuación del Estado y la responsabilidad que cabe exigir a sus agentes”.

Estableciendo que para la valoración de la conducta del servidor público:

“El juez de lo contencioso administrativo debe valorar los aspectos propios de la gestión pública, tales como: (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea exigible al servidor en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica por los servicios prestados.

Además, el alto tribunal consideró:

“...esta Corte ha entendido que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo del artículo 90 constitucional para el caso de la responsabilidad de los servidores públicos le otorgó una especial relevancia al factor subjetivo, porque es preciso que la conducta del agente estatal sea imputable a título de culpa grave o dolo para que puedan configurarse los presupuestos de la pretensión de repetición, con lo cual la misma resulta improcedente cuando la acción u omisión de la persona no puede catalogarse como negligente o arbitraria<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Proferida el 26 de agosto de 2020, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>37</sup> Sentencia C-254 de 2003...

5.15. A partir de los mencionados antecedentes constitucionales, en clave con lo dispuesto en la Ley 678 de 2001, es posible caracterizar la acción de repetición a partir de sus: (i) funciones, (ii) presupuestos de procedencia, y (iii) consecuencias, según pasa a examinarse.

...

5.18. El referido alcance de la acción de repetición fue incorporado por el Congreso de la República en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, al disponer que la misma "es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto".

...

5.23. Sobre el particular, en la Sentencia C-957 de 2014<sup>38</sup>, reiterando la jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta Sala solucionó expresamente dicha cuestión señalando que:

"(...) la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90 superior, no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio<sup>39</sup> o resarcitorio<sup>40</sup>, en la medida que lo que se busca con esa disposición, es que se reintegre al Estado el valor de la condena que éste tuvo que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado a la víctima, imputable al dolo o la culpa grave del agente<sup>41</sup>, a fin de proteger de manera integral el patrimonio público, ya que es por medio de este patrimonio, entre otros elementos, que se obtienen los recursos para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho<sup>42</sup><sup>43</sup>.

...

5.27. Lo anterior es de gran relevancia a efectos de una adecuada aplicación de la figura de la acción de repetición, puesto que las distintas tensiones constitucionales que de ella se derivan deben atenderse a partir de sus tres funciones (resarcitoria, retributiva y preventiva), a fin de respetar la concepción de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado concebida por el Constituyente de 1991.<sup>44</sup>

**Por consiguiente, este cargo se encuentra probado, puesto que la contraloría demandada, con los actos demandados incurrió en la violación del debido proceso por aplicación indebida de la Ley 678 de 2001.**

---

<sup>38</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>39</sup> "Sentencia C-338 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)".

<sup>40</sup> "Sentencia C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)".

<sup>41</sup> "Cfr. Sentencias C-309 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-338 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)".

<sup>42</sup> "Sentencia C-832 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil)".

<sup>43</sup> Subrayado fuera del texto original.

<sup>44</sup> Subrayado fuera del texto original.

**4.2.2. Segundo cargo:** Violación al debido proceso por fundamentar un presunto daño patrimonial en actos administrativos sin fuerza ejecutoria y en consecuencia sin la condición de exigibilidad y/o prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño cierto al patrimonio público, como lo exige el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

La parte demandante sostuvo que las resoluciones que sirvieron de fundamento para que la Contraloría iniciara el proceso de responsabilidad fiscal perdieron fuerza ejecutoria en razón de la demanda interpuesta contra las mismas.

Consideró que la decisión contenida en la Resolución 25036 del 21 de abril de 2014, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá SA ESP y a la UAE de Servicios Públicos, quedó plenamente ejecutoriada al día siguiente a la notificación de la Resolución 53788 del 3 de septiembre de 2014, por la cual se resolvieron los recursos de reposición en contra del acto inicial.

Adujo que fue bajo la administración del alcalde Enrique Peñalosa – que se posesionó el 1º de enero de 2016-, quien sin considerar la pérdida de la fuerza ejecutoria de las resoluciones que impusieron las multas y que sirvieron de título ejecutivo en los procesos de cobro coactivo, procedió a ordenar de manera apresurada el pago de las multas impuestas en la administración distrital que presidió el señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

Por su parte la entidad demandada consideró que, si bien las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, que dieron origen a los actos acusados, no podían ser ejecutadas en sede coactiva hasta tanto no se resolvieran las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que servirían de soporte a la ejecución, al estar debidamente ejecutoriados y al haberse impetrado y resuelto los recursos en sede administrativa, el contenido de estas era de obligatorio cumplimiento para las entidades afectadas desde el día siguiente a la notificación de la decisión que resolvió el recurso de reposición.

Por lo cual, señaló que, las normas que invocó la parte demandante para justificar la falta de pago de las multas, solo aplica para el trámite del proceso coactivo, en atención a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, relativa a la firmeza de los actos administrativos.

Para el cargo en particular, se encuentra que para la contraloría demandada se presentó un detrimento patrimonial, atribuible a los demandantes, por los siguientes elementos fácticos:

Previo a las actuaciones relatadas en los antecedentes, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor, profirió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 a través del cual adoptó de manera transitoria el esquema para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, para garantizar el cumplimiento del programa que entraría a operar desde el 18 de diciembre de 2012, con el propósito de que fuera cubierto en un 100% por la empresa distrital EAB.

Así, con el propósito de asegurar la prestación de dicho servicio, el 17 de diciembre de 2012 se hizo la declaración de la urgencia manifiesta, en virtud de la cual la UAESP celebró contratos de operación los días 19 y 21 de diciembre de 2012 con Lime, Aseo Capital y Atesa, agentes que venían prestando el servicio de aseo en Bogotá, pero no participaron en calidad de prestadores directos en el mercado de aseo debido a la entrada en operación del nuevo esquema.

Con fundamento en lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 25036 del 21 de abril de 2014 sancionó pecuniariamente a la EAB ESP con \$61.600.000.000 y la UAESP con \$17.864.000.000, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia al diseñar e implementar el sistema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá D. C.

A su vez, con dicha resolución se ordenó respecto de los demandantes lo siguiente:

ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR que ...ALBERTO JOSÉ MERLANO  
ALCOCER...GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO...GERARDO IGNACIO



ARDILA CALDERÓN...MARIA MERCEDES MALDONADO COPELLO... colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y/o toleraron el diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá que desconoce lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a...

La UAESP y la EAB ESP interpusieron recurso de reposición contra la sanción de la SIC, solicitando la revocatoria de la resolución en mención o en subsidio su modificación, el cual fue resuelto mediante Resolución SIC 53788 del 3 de septiembre de 2014, en la que se modificó parcialmente la decisión inicial, pero no se levantó la sanción impuesta, concediendo un plazo de 6 meses para adecuar el esquema de recolección de basuras al modelo de libre competencia.

Por medio de la Resolución 42806 de 2016, la SIC, a solicitud de la UAESP, otorgó una prórroga de nueve meses al plazo establecido inicialmente para que entrara en operación un régimen de libre competencia pura y simple, o un régimen de competencia con áreas de servicios exclusivo, según determinación del Distrito.

Por lo anterior, de conformidad con el acto confirmatorio del fallo demandado, se realizaron los siguientes pagos como consecuencia de la sanción impuesta por la SIC: **i)** el 4 de marzo de 2016, la EAB ESP pagó \$61.600.000.000 por concepto de capital y \$9.829.073.199 por concepto de intereses, para un total \$71.429.073.199; **ii)** el 29 de enero de 2016, la UAESP pagó \$17.864.000.000 por concepto de capital y \$2.656.786.723 por concepto de intereses, para un total de \$20.520.786.723; **iii)** el 4 de marzo de 2016, la EAB ESP pagó \$61.600.000.000 por concepto de capital y \$9.829.073.199 por concepto de intereses, para un total de \$71.429.073.199; **iv)** el 29 de enero de 2016, la UAESP pagó \$17.864.000.000 por concepto de capital y \$2.656.786.723 por concepto de intereses, para un total de \$20.520.786.723.

Al respecto, debe indicarse que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante las Resoluciones 25036 del 21 de abril del 2014 y 53788 del 3 de septiembre del 2014 sancionó a los demandantes

por la violación a la libre competencia. Para tal efecto, dicha entidad entre sus motivaciones consideró:

...con el Decreto 564 del 2012 también se establecieron restricciones para la prestación del servicio de aseo, en la medida en que la libre participación en el mercado de aseo en Bogotá dejó de ser potestativa de los agentes con intenciones de ingresar o de continuar en dicho mercado, para pasar a depender de la autorización de la UAESP, que tenía total discreción para otorgarla de acuerdo con sus intereses y los de EAB y AGUAS DE BOGOTÁ.

En línea con lo anterior, el artículo 8 del Decreto 564 establece la forma en que la prestación del servicio en Bogotá puede ser asumida por empresas de servicios públicos pertenecientes al Distrito, mediante un contrato o convenio suscrito con la UAESP:

"ARTÍCULO 8. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL DISTRITO CAPITAL. Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP para el efecto.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP, expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran, lodo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 (...)" (Negrillas fuera de texto)

Nótese que solamente la EAB cumplía con el requisito para prestar de inmediato el servicio de aseo en Bogotá, a diferencia de las empresas LIME, ASEO CAPITAL, ATESA y CIUDAD LIMPIA, que venían prestando el servicio en la ciudad y contaban con la experiencia necesaria para ello, así como con la intención de prestarlo. De igual manera, debe anotarse que ni la EAB y mucho menos AGUAS DE BOGOTA tenían la idoneidad para la prestación del servicio de aseo en Bogotá.

Bajo este contexto, debe recordarse que, tal y como se explicó anteriormente, conforme a la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, en la prestación del servicio de aseo existe actualmente un esquema de libre competencia, tal y como se explicó en el acápite 11.3.1. Por consiguiente, el hecho de que la EAB, directamente o a través de su filial AGUAS DE BOGOTA, haya ingresado a competir con las otras empresas que venían prestando el servicio de aseo en la ciudad, no implicaba que dichos prestadores pudieran ser excluidos del mercado, ni que aquella adquiriera de forma desigual ventajas en el mercado por el simple hecho de pertenecer al Distrito.

En ese orden, conforme con los actos en mención expedidos por la SIC en la actuación adelantada por esta entidad, se logró acreditar que los investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio de aseo en Bogotá, lo cual derivó en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención y la capacidad de participar en la prestación de este servicio público y la exclusión de los prestadores que ya habían participado.

Al respecto, también debe indicarse que, pese a tales consideraciones de la SIC, la Corte Constitucional en el Auto 587 del 2015, dictado en el marco del seguimiento a las órdenes proferidas en el Auto 275 del 2011, en cumplimiento de la sentencia T-724 del 2003 y los parámetros fijados en el Auto 268 del 2010, señaló que frente a la sanción impuesta por la SIC existe una "complejidad inmanente de la situación relacionada con la prestación del servicio público domiciliario de aseo", además que "se observa la existencia de tensiones entre diversos principios constitucionales, como el de legalidad, libre competencia, igualdad, colaboración armónica, Estado Social de Derecho y acceso a la administración de justicia".

Así, debe recordarse que la "...expedición de un acto administrativo con infracción de las normas en que debe fundarse, que constituye una causal autónoma para invalidar la decisión, no significa *per se* que el funcionario haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y haya desconocido el cumplimiento de sus deberes funcionales. Se trata de presupuestos autónomos sobre la legalidad del acto administrativo, de tal manera que puede ocurrir que el acto esté viciado porque el funcionario actuó con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, 'aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico."<sup>45</sup>

En lo particular, se indica que, en cuanto a la firmeza de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 señala:

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

<sup>45</sup> Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Sala Plena del Consejo de Estado.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

Así, para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados -fallo con responsabilidad fiscal número 03 del 20 de octubre de 2017, auto del 12 de octubre de 2018 y Resolución número 2698 del 16 de noviembre de 2018-, las Resoluciones 25036 del 21 de abril del 2014 y 53788 del 3 de septiembre del 2014 de la SIC conservaban su presunción de legalidad; así como el Decreto 564 de 2012<sup>46</sup> expedido por el entonces alcalde Mayor de Bogotá.

Si bien los actos expedidos por la SIC como el Decreto 564 de 2012 fueron objeto de demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para cuando se expidieron los actos acusados la presunción de legalidad de aquellos no había sido desvirtuada; por lo que la contraloría demandada podía ejercer sus facultades de control fiscal con fundamento en lo que consideró en su momento, determinaba la motivación de sus actos.

Al respecto, la Sala considera que, independientemente de la firmeza de los actos administrativos expedidos por la SIC, que sirvieron de fundamento para el fallo de responsabilidad fiscal acusado, lo cierto es que la contraloría estaba facultada para ejercer control fiscal ante el presunto detrimento patrimonial por la violación de la Constitución y las leyes sobre servicios públicos domiciliarios y libre competencia por el presunto detrimento patrimonial causado por el pago con ocasión de la multa impuesta por la mencionada superintendencia.

**Por consiguiente, este cargo no prospera.**

**4.2.3. Tercer cargo:** Violación al debido proceso por vía de hecho por defecto procedimental y/u orgánico, cuando arrogándose competencias de lo contencioso administrativo, deriva la responsabilidad fiscal en una violación a la constitución y la ley y no en una conducta en el marco del ejercicio de gestión fiscal.

---

<sup>46</sup> Demandado en el proceso de nulidad 11001-33-34-003-2012-00131-01, ante el Consejo de Estado.

La parte demandante sostuvo que, el fallo de responsabilidad fiscal y los actos confirmatorios del mismo tienen como fundamento, una presunta conducta grave atribuida a los demandantes, bajo el sustento del diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá D. C., desconociendo lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la libre competencia.

Por lo que, sostuvo que el ente de control confundió el sistema control del principio legalidad de los actos administrativos, cuya competencia radica exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa.

La entidad demandada consideró que la determinación del elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal a partir del desconocimiento del artículo 365 constitucional, la Ley 142 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, no constituye un juicio de legalidad ni constitucional, sino el cumplimiento de sus funciones.

Para resolver, se considera:

La Constitución Política establece:

ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

...

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

...

ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que

establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

#### La Ley 1437 de 2011<sup>47</sup>:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos: ...

#### La Ley 610 de 2000<sup>48</sup>:

ARTÍCULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa [grave]<sup>49</sup> atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

#### La Ley 1474 de 2011<sup>50</sup>:

ARTÍCULO 125. EFECTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD. Cuando en ejercicio del control de legalidad la Contraloría advierta el quebrantamiento del principio de legalidad, promoverá en forma inmediata las acciones constitucionales y legales pertinentes y solicitará de las autoridades administrativas y judiciales competentes las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes.<sup>51</sup> (subrayado fuera del texto original)

---

<sup>47</sup> Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>48</sup> Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

<sup>49</sup> Para la interpretación de este artículo se debe considerar la concordancia con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 que indica: "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..." (subrayado fuera del texto original).

<sup>50</sup> Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

<sup>51</sup> Artículo modificado por el artículo 153 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente: "ARTÍCULO 125. CONTROL DE LEGALIDAD. Cuando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y, en ejercicio de

Para la parte demandante, la contraloría acusada vulneró el principio de legalidad pues excedió la competencia conferida por la Constitución Política y la Ley a dichos órganos de control.

Al respecto, resulta necesario destacar que el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución Política<sup>52</sup>, la cual conlleva la sujeción de cierto rango de normas frente a otras (prevalencia de normas), siendo indiscutible la supremacía de las normas constitucionales.

En relación con la posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000, señaló:

...Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley.

... Inclusive, las disposiciones que en ejercicio de sus funciones adopten los órganos autónomos o independientes previstos en la Carta, deben adoptarse conforme a los dictados legales.

...

...En lo que concierne a la competencia normativa de las autoridades territoriales, dentro del marco de la autonomía de las entidades de esta naturaleza que consagra el preámbulo de la Constitución, las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad, no sólo con las disposiciones de la Carta, sino también con las de la ley...

...Dentro de la amplia gama de actos administrativos de contenido normativo, que incluye las varias categorías decretos, resoluciones, reglamentos, órdenes, etc., la Constitución no prevé explícitamente una relación de supremacía, aunque ella podría deducirse, de conformidad con un criterio orgánico, por la jerarquía de las autoridades que las profieren, ésta sí señalada por la Constitución; o de conformidad con un criterio material, atendiendo a su contenido, para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras, o las refieren a situaciones particulares, se someten a las que pretenden desarrollar. De igual manera, la Carta omite indicar el

---

estas acciones, solicitar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes.”

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000.

orden de prelación entre los actos administrativos emanados de la Administración y los proferidos por los entes autónomos e independientes.

La misma corporación destacó que la finalidad de la armonía en el orden jurídico como sistema jerárquico propugna por establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.

Así, resulta del caso mencionar que, el artículo 267 constitucional precisa que el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, entidad que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.

Además, la norma en mención establece que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados.

La Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993, consideró lo siguiente acerca de la función de control fiscal:

La función de control fiscal guarda íntima simetría con la tributaria y presupuestal constitucionalmente atribuida, en acatamiento al principio democrático, al Congreso. De ahí que históricamente la vigilancia fiscal se afiance en el estado de derecho a la par que el Congreso - en la historia constitucional el parlamento - reivindica para sí la plenitud de competencias en lo tocante a la obtención y empleo de recursos. En este orden de ideas, el control fiscal externo de la administración ejercido por el Congreso o por un aparato público apropiado designado por éste (CP art. 277), refuerza el papel central de ese órgano en las tareas indicadas, toda vez que el control de legalidad se orienta a garantizar que las finalidades y autorizaciones emanadas del mismo, a las que debe supeditarse el recaudo y utilización de los recursos públicos arbitrados, efectivamente se observen en el curso de los procesos y operaciones jurídicas y materiales posteriores.

La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta, por lo expuesto, en el principio de legalidad - trasunto de la soberanía popular -, al cual se adiciona en el momento presente la eficiencia, eficacia y economía (CP art. 268-2, Ley 42 de 1993, arts. 8-13). El interés general que en todo momento debe perseguir la Administración - hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción (CP arts. 1 y 2) - sólo se logra realizar



si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficiencia, eficacia y economía.  
(resaltado fuera del texto original)

A su vez, la Corte Constitucional en el fallo de unificación SU-431 de 2015 se pronunció acerca del control fiscal en la Constitución de 1991, en la cual señaló que ya en varias ocasiones se han analizado normas relativas al control fiscal dentro del paradigma de la Constitución de 1991<sup>53</sup>, al pronunciarse constantemente en relación con las competencias de la Contraloría General de la República, la naturaleza y características del control fiscal, los sujetos, el objeto, el modo o método de control fiscal, y las diferencias entre el control fiscal ejercido por la contraloría y las funciones del Contador General de la Nación<sup>54</sup>.

En relación con la función constitucional de la contraloría, el Alto Tribunal Constitucional consideró lo siguiente:

En el artículo 267 de la Constitución Política se establece que la Contraloría General de la República es la entidad encargada de ejercer el control fiscal, esto es, de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación<sup>55</sup>. Dicha vigilancia incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Allí mismo se señala que el control se ha de realizar en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

En desarrollo de esta facultad el legislador expidió la ley 42 de 1993, en cuyo artículo 5o. define el control posterior así: 'Se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos'. Y por control selectivo 'la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo, en el desarrollo del control fiscal'...

---

<sup>53</sup> El origen de dicho concepto puede atribuirse al artículo 59 de la Constitución de 1886 en el que se establecía que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración correspondía a la Contraloría General de la República y se ejercería conforme a la ley. Actualmente, los artículos 117 y 119 de la Carta Política señalan que la Contraloría General de la República es un órgano de control que tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

<sup>54</sup> Ver Sentencias C-382 de 2008; C-340 de 2007; C-529 de 2006; C-1176 de 2004; C-127 de 2002; C-290 de 2002; C-648 de 2002; C-716 de 2002; C-832 de 2002; C-364 de 2001; C-557 de 2001; C-089 de 2001; C-840 de 2001; C-1148 de 2001; C-403 de 1999; C-113 de 1999; C-189 de 1998; C-499 de 1998; C-570 de 1997; C-272 de 1996; C-374 de 1995 y C-592 de 1995, entre otras.

<sup>55</sup> "Acerca de la importancia y naturaleza del control fiscal y la Contraloría General de la República, consultar, entre otras, las Sentencias C-529 de 1993 y C-167 de 1995".

Asimismo, la citada Corte Constitucional sostuvo que el control posterior permite que más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de la eficacia, eficiencia y economía y, resaltó que el paradigma de control fiscal consagrado en la Constitución Política de 1991, constituye un importante cambio cualitativo en esta materia frente al modelo del sistema de control fiscal previo, adoptado por Colombia desde el inicio de la vida republicana, además de que la Carta actualmente incorpora un modelo de control posterior, selectivo e integral, que se encuentra más acorde con las complejidades de la administración pública contemporánea.

En cuanto al concepto y finalidad del control fiscal, la jurisprudencia constitucional ha considerado que corresponde al instrumento necesario e idóneo en un estado constitucional de derecho para garantizar “el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado”<sup>56</sup>, a través de la inspección de “la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”<sup>57</sup>.

Así, la Corte Constitucional reiteró que “la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado”<sup>58</sup>. Estas medidas se enmarcan en la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado<sup>59</sup>.”

En relación con las características específicas del control fiscal, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 267 constitucional, la aludida corporación consideró lo siguiente:

i) Se erige en una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República,

---

<sup>56</sup> “Sentencia C-132 de 1993. Consultar, entre otras, las Sentencias C-534 de 1993, C-167 de 1995, C-374 de 1995, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008, entre otras.”

<sup>57</sup> “Sentencia C-499 de 1998. Consultar, sobre el particular, entre otras, las Sentencias C-529 de 1993, C-586 de 1995, C-570 de 1997 y C-382 de 2008.”

<sup>58</sup> Consultar, entre otras, la Sentencia C-623 de 1999.

<sup>59</sup> Consultar, entre otras, la Sentencia C-648 de 2002.

- ii) se lleva a cabo en forma posterior y selectiva,
- iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador,
- iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia,
- v) se practica en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios,
- vi) cubre todos los sectores, etapas y actividades en donde se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico y,
- vii) se orienta por la materialización de los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales<sup>60</sup>.

En lo atinente a las características constitucionales del control fiscal, en cita, la jurisprudencia constitucional resaltó:

En primer lugar, que `constituye una función pública autónoma, ejercida por la Contraloría General de la República bajo un método de control posterior y selectivo que facilita la adecuada evaluación sobre el manejo de los recursos y bienes públicos”<sup>61</sup>.

En segundo término, que frente al sistema anterior eran frecuentes las críticas al carácter previo y perceptivo del control fiscal, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción. Estas características fueron consideradas en los debates surtidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>62</sup> y sirvieron como fundamento para reemplazar el control fiscal previo y perceptivo por uno posterior y selectivo, que comprende un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> “Consultar, entre otras, las Sentencias C-374 de 1995, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008.”

<sup>61</sup> “Consultar, entre otras, la Sentencia C-529 de 2006.”

<sup>62</sup> “En los antecedentes constitucionales sobre la materia se encuentra la siguiente expresión, que ilustra acerca de las ineficiencias del modelo de control fiscal imperante en la época: “El sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar al patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de co-administración al que puede atribuirse gran parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano”. Gacetas Constitucionales Nos. 27, 53, 77 y 109.”

<sup>63</sup> “En las Sentencias C-189 de 1998 y C-648 de 2002 se realizó un amplio estudio acerca de las razones del cambio de paradigma de control fiscal en el ordenamiento constitucional colombiano y de las implicaciones del control posterior y selectivo actual.”

En tercer lugar, que la vigilancia de la gestión fiscal está sujeta a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, ya que `en materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas objeto del mismo. Ello a condición que se cumpla la premisa constitucional sobre la relación necesaria entre ejercicio del control fiscal y manejo de fondos o bienes de la Nación<sup>64</sup>.

De otra parte, y en relación con el carácter integral del modelo de control fiscal, el mismo `comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados<sup>65</sup>.

La Corte Constitucional señaló que como el fisco o el erario está integrado por los bienes o fondos públicos cualquiera sea su origen y su administración, la vigilancia de la gestión fiscal se orienta a establecer "si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales a las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, recursos, públicos y, finalmente los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen en un período determinado la meta y proyectos de la administración."<sup>66</sup>

En relación con dichos sistemas de control, se encuentra el de legalidad que corresponde a la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables<sup>67</sup>.

Para el caso concreto, resulta de gran relevancia lo referente al control legalidad que hace parte de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce el órgano de control frente a quienes manejan fondos o bienes públicos, el cual, se encontraba definido por el artículo 11 de la Ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 11. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una

---

<sup>64</sup> "Consultar, entre otras, la Sentencia C-529 de 2006."

<sup>65</sup> "Sobre el punto, consultar la Sentencia C-529 de 2006."

<sup>66</sup> Consultar, entre otras, las Sentencias C-529 de 1993, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008.

<sup>67</sup> Artículo 11 de la Ley 42 de 1993.

entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.”

Actualmente, tales previsiones se encuentran reguladas por el Decreto 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 45. Sistemas de control fiscal. Para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en el presente título.

...

ARTÍCULO 47. Control de legalidad. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

...

ARTÍCULO 153. Modificar el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

‘ARTÍCULO 125. **Control de legalidad.** Cuando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y, en ejercicio de estas acciones, solicitar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes’.

Ahora bien, el control de legalidad es un control especial de la Contraloría bajo el cual corresponde la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

En lo particular, se observa que, la entidad demandada señaló en el acápite del elemento “3.3 nexo causal” en el fallo objeto de demanda, que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012.

Al respecto, se precisa que al referir como nexo causal la expedición del mencionado decreto, la contraloría no se atribuyó funciones de control judicial sobre dicho acto en mención, pues no se pronunció sobre la presunción de legalidad que sobre él recaía, simplemente lo reseñó como fundamento de la decisión acusada. Al respecto, en el acto sancionador se indicó:

El nexo de causalidad, implica que entre la conducta y el daño, debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto.

A continuación se establecerá el Nexo causal para los imputados:

Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá profirió el **Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012**, 'Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012'; Decreto que sirvió de base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012, hecho que tiene relación directa con la imposición de las sanciones por parte de la SIC a la EAB E.S.P. y a la UAESP y el posterior pago de las mismas.

Lo anterior, aunado a que la decisión objeto de demanda al establecer la "responsabilidad solidaria" se sustentó frente al señor Petro Urrego en la presunta violación manifiesta e inexcusable del artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia, bajo lo que delimitó su conducta como gravemente culposa, de la siguiente manera:

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, por consiguiente [m]iembro presidente de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., y ejerciendo gestión fiscal en los términos de la Ley 610 del 2000...

...

Desconoció, lo dispuesto (sic) el artículo 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Las actuaciones que dan lugar al reproche fiscal por parte del señor Gustavo Francisco Petro, en su condición de gestor fiscal se encuentran

en la violación manifiesta e inexcusable del artículo 365 de la [C]onstitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa. Específicamente las actuaciones irregulares son:

- En Acta de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., N° 2482 de fecha 2 de octubre de 2012, consta que el señor Gustavo Petro hace un breve resumen de las actividades desplegadas por la administración, para cumplir con las providencias de la Corte Constitucional dentro del Plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana, concentradas principalmente en la inclusión de la población recicladora. Para lo anterior indicó que era necesario que se constituyera una empresa, se capitalizaran unos recursos de la EAB E.S.P., y se procediera a adquirir la flota compactadora para asumir la prestación del servicio de aseo dentro del esquema que aclara "no es de libre competencia para la ciudad".
- Se observa que además de lo manifestado por el señor Gustavo Petro en la citada Acta N° 2482, en Acta N° 2480 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., el señor Bravo Borda, Gerente General de la EAB E.S.P., para la época de los hechos de fecha 5 de septiembre de 2012 y Acta N° 2483 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., de fecha 12 de octubre de 2012, informó abiertamente a los miembros de la Junta Directiva que tanto el modelo de aseo para la ciudad de Bogotá como su implementación eran decisiones tomadas por la Administración Distrital en Cabeza del Alcalde Gustavo Petro.
- En calidad de Alcalde Mayor de Bogotá intervino directamente en la obstrucción, para impedir el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana de los operadores Lime, Aseo Capital, Atesa y Ciudad Limpia, prueba de ello es la intervención de la policía para evitar el ingreso al relleno siguiendo sus órdenes y las manifestaciones hechas por ...los diferentes medios de prensa.

El periódico el "TIEMPO" señaló:

"(...) la polémica desatada por la recolección de basuras en la ciudad a partir del 18 de diciembre está alcanzando ribetes inesperados tanto que este martes el Alcalde Gustavo Petro dijo públicamente que tomará medidas policivas contra los operadores privados, que desde esa fecha saquen los carros a las calles para recoger los residuos (...)"

- Igualmente la calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, en el Senado de la Rep[ú]blica y en medios de prensa hizo varias manifestaciones en las que se vislumbraba la intención de contrariar el ordenamiento jurídico.

La W radio, publicado en la página WEB:

"El Alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro aseguró que los cuatro operadores actuales no se pueden declarar en libre competencia porque esa es una figura que depende de la Administración Distrital, y entre los planes del Distrito no se encuentra decretar esas (sic) esquema.

De nosotros depende el concepto de libre competencia esa es una jugada tramposa para que tengamos que indemnizar a los cuatro operadores que hoy recogen el aseo, no en virtud de la libre competencia, sino en virtud de un contrato hecho a dedo bajo una urgencia manifiesta que decreto el distrito, aseguro".

Manifestaciones ante el Senado de la Rep[ú]blica el 19 de febrero de 2013:

"(...) No es cierto que exista libre competencia en el mercado del aseo tal como pregonaba la ley 142 (...) el Alcalde ordenó a sus funcionarios estar listos a asumir el 100% de la operación de aseo en la ciudad de Bogotá el 18 de diciembre (...)

Por lo anterior, la entidad demandada frente al señor Petro Urrego determinó que, resultaba probado el desconocimiento abierto, público e innegable como alcalde Mayor de Bogotá y como miembro de la Junta Directiva, en tanto que, desconoció lo dispuesto el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

Lo anterior, pues para la entidad demandada, tal hecho derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC mediante Resoluciones 25036 del 21 de abril de 2014 y 53788 del 3 de septiembre del 2014, ocasionando el efecto económico adverso, constitutivo de daño patrimonial al Distrito Capital.

En relación con los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, y José Orlando Rodríguez Guerrero, la entidad demandada consideró que, violaron manifiesta e inexcusablemente los artículos 1º, 4º y 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa.

En ese orden, se establece que el reproche de la entidad demandada frente a los demandantes consistió en el efecto económico adverso,



que consideró constituía el daño patrimonial al Distrito Capital, asunto sobre el cual frente al cual la contraloría desplegó sus competencias administrativas.

De igual manera, se precisa que la entidad demandada referenció la expedición del Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012, para considerar que este sirvió de base normativa para la implementación del esquema de aseo para la ciudad de Bogotá en el año 2012 y que, tal hecho tenía relación directa con la imposición de las sanciones por parte de la SIC a la EAB ESP y a la UAESP y el posterior pago de las mismas.

Por tanto, la situación jurídica creada por el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 y la presunción de legalidad que sobre dicho acto recae, no fue objeto del análisis de la contraloría demandada, sino lo que esta entidad reprochó fue que tal hecho –entendido por la expedición del decreto- sirvió de sustento para la implementación del esquema de aseo, de lo cual, posteriormente, se derivó la sanción impuesta por la SIC.

Así, se encuentra que la entidad demandada ejerció el control de legalidad que le asiste como órgano fiscal bajo su potestad de comprobación o el cotejo de que la operación del caso se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables, el cual conduce a establecer la conformidad de las operaciones con las normas del caso.

Así las cosas, la contraloría demandada no se atribuyó competencias atinentes a un “juicio de legalidad de un acto administrativo” con el cual pretendiera desvirtuar la presunción que cobija al mencionado Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012.

Esto, pues no motivó el fallo de responsabilidad fiscal cuestionado en la ilegalidad de dicho acto administrativo, el cual, valga la pena recordar, se presume ajustado al ordenamiento jurídico y de obligatorio cumplimiento hasta que sea anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa.

De modo que, en tal estudio de la contraloría demandada no desbordó sus competencias para ejercer el control de legalidad en sede administrativa, pues se enmarcó en uno de los eventos para

ejercer el control fiscal, con el fin de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

**Por tanto, la Sala encuentra que este cargo no prospera.**

**4.2.4. Cuarto cargo:** Violación al debido proceso por infracción de las normas en que debe fundarse el proceso de responsabilidad fiscal. Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

La parte demandante sostuvo que, los actos administrativos violan de manera evidente y ostensible las normas en que debe fundarse la responsabilidad fiscal, por cuanto la imputación no está fundamentada en la demostración precisa de cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad, sino en interpretaciones arbitrarias que desbordan la facultad interpretativa, incluso recurriendo a la aplicación indebida de norma no aplicable.

Por su parte, la contraloría demandada consideró que los demandantes en calidad de miembros de la junta directiva de la principal entidad afectada estaban sometidos a los deberes propios de los administradores de las sociedades previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pero a pesar de ello, modificaron su régimen estatutario para incluir dentro de su objeto social la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en abierta contravención a las normas rectoras de la libre competencia y en razón a ello se generó la multa por parte de la SIC.

Para resolver, se considera:

La Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, contempla:

ARTÍCULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren 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.

Por lo que, la gestión fiscal comprende los siguientes elementos:

a) Es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos,

b) cuya finalidad es 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,

c) con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>68</sup> consideró que el proceso de responsabilidad fiscal permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario.

En tal sentido, el objeto del proceso de responsabilidad fiscal se consolida con la declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos.

En relación con el mencionado cargo, se encuentra que el artículo 5° de la Ley 610 de 2000 estipula que, para que haya responsabilidad fiscal se debe verificar la configuración de los siguientes elementos, en el orden indicado en dicha norma:

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02093 01. Actor: Luis Carlos Ochoa y Norma Amparo Valencia Osorio. Demandado: Contraloría General de Antioquia.

- a) Una conducta dolosa o culposa<sup>69</sup> atribuible a una persona que realiza gestión fiscal,
- b) un daño patrimonial al Estado<sup>70</sup> y,
- c) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

De modo que, la conducta se refiere al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo, que provoca un daño al patrimonio público, atribuible a un agente cuyas funciones comportan el ejercicio de funciones administrativas de gestión fiscal. En tal sentido, dicho requisito requiere que la conducta dolosa o culposa sea atribuible a una persona que despliegue conductas relacionadas íntimamente con la gestión fiscal.

Por su parte, en relación con el daño patrimonial al Estado, este elemento se encuentra regulado en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, en donde se establece que por daño se entiende la lesión producida al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado. Se trata de un daño especial que se surte sobre un patrimonio de naturaleza pública, dentro de un esquema de atribución normativa y en el ámbito de la gestión fiscal<sup>71</sup>.

Por lo que, el daño en el campo de la responsabilidad fiscal tiene varios rasgos especiales, a saber:

- i) Debe obedecer a una actividad propia de la gestión fiscal, dándose a entender con ello que la responsabilidad fiscal no es universal o general para todos los servidores públicos o particulares, pues aplica

---

<sup>69</sup> Código Civil: "ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

...  
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."  
Asimismo, se ha considerado como el error, imprudencia o negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves.

<sup>70</sup> Ley 610 de 2000: "ARTÍCULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, ~~inequitativa~~ e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público." Sentencia C-340 de 2007.

<sup>71</sup> Sentencia C-840 de 2001.

únicamente a los gestores fiscales como elemento orgánico<sup>72</sup>.

ii) La conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa.

Así las cosas, el daño en tanto requisito indispensable no es suficiente, en tanto que además de su demostración precisa de los varios elementos adicionales que integran la responsabilidad patrimonial. Ello, toda vez que la responsabilidad fiscal no se puede consolidar ni podrá determinarse sin un daño efectivamente verificado.

Por tanto, entre las actividades constitutivas de daño patrimonial al Estado se encuentra el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado, producido por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que no aplique a los cometidos y fines del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto, de los sujetos de vigilancia y control.

El concepto de patrimonio público se entiende por aquel que cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo<sup>73</sup>. Así, involucra todos los bienes del Estado y que comprende en ellos los de todas las entidades, ya sea del nivel central, descentralizado o por servicios.

Finalmente, frente a la relación de causalidad o nexo causal se precisa que "...a la par que exige una causalidad física de la conducta antijurídica frente al daño imputado, requiere de una causalidad jurídica, derivada de la exigibilidad personal, funcional o contractual producto de las normas generales y específicas. Implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida y el daño producido, debe existir una relación determinante

---

<sup>72</sup> En la Sentencia C-840 de 2003 se indicó: "el control fiscal no se puede practicar in solidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. La esfera de la gestión fiscal constituye un elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por lo tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata".

<sup>73</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera. Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación 25000-23-26-000-2005-01330-01.

y condicionante de causa-efecto, de la cual solo puede predicarse una ruptura cuando entra en escena la llamada causa extraña que puede operar bajo la denominada fuerza mayor o el caso fortuito<sup>74</sup>.

Sobre los elementos de la responsabilidad fiscal el Consejo de Estado, Sección Primera, ha considerado lo siguiente:

"...cabe precisar inicialmente que la responsabilidad fiscal que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del Patrimonio Público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al Estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000 'por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías', en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad fiscal.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño.

...

En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud.

Por consiguiente, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el fallo que reconozca la responsabilidad fiscal solo puede proferirse cuando en el proceso obren las pruebas suficientes que conduzcan a la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente (dolo o culpa grave) y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable."<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Consultar, AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 203-204.

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente: 25000-23-24-000-2001-00064-01, con ponencia del magistrado Marco Antonio Velilla Moreno (E).

De manera que, una vez verificada la existencia de dichos presupuestos la autoridad competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal conforme lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 así:

ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

...<sup>76</sup>

En tal sentido, los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal corresponden a: i) un daño patrimonial al Estado; ii) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y iii) un nexo causal entre el daño y la conducta.

Por tanto, para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es necesario que en el procedimiento concurren tres características<sup>77</sup>:

- i) Un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.
- ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa.
- iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

---

<sup>76</sup> Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002.

<sup>77</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). RADICACIÓN NÚMERO: 08001-23-31-000-2010-00612-01. ACTOR: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. DEMANDADO: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO. Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Fallo de Segunda Instancia (medida de descongestión de la Sección Primera del Consejo de Estado).

Así, conforme con la norma en cita hay lugar a proferir fallo con responsabilidad fiscal contra el presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación.

El Consejo de Estado ha considerado que tratándose de la responsabilidad fiscal, que la culpa grave se materializa cuando el gestor fiscal no maneja los negocios ajenos, entendidos como los públicos, con la suficiente diligencia con la que incluso las personas negligentes atenderían los propios<sup>78</sup>.

Por lo que, resulta necesario recordar que la responsabilidad fiscal es subjetiva y no objetiva, toda vez que para derivarla es necesario determinar que el imputado obró con dolo o con culpa grave.

De allí que, bajo la garantía del debido proceso nadie puede ser declarado responsable fiscal sin que exista en su contra plena prueba de una conducta dolosa o gravemente culposa generadora de daño al patrimonio público, fundamento este sobre el cual se desarrolla el carácter subjetivo de dicho procedimiento administrativo.

En lo particular, se encuentra que la contraloría demandada para sustentar conducta sostuvo en el fallo de responsabilidad fiscal acusado lo siguiente:

#### 3.4 CONDUCTA A TÍTULO DE CULPA GRAVE

La culpa es el elemento subjetivo por naturaleza, mediante el parágrafo 2 del artículo 4 de la ley 610 de 2000, en concordancia con la sentencia C-619 de 2002, se estableció que en los procesos de responsabilidad fiscal en curso o en los futuros que se inicien en la Contraloría, 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.

Así mismo, en la normatividad civil la culpa grave consiste en proceder negligentemente o imprudentemente para el manejo de asuntos ajenos, en el que el autor si bien no quiere realiza el daño, se comporta como si lo

---

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 15 de abril de 2010, radicación 66001-23-31-003-2006-00102-01. Magistrado ponente Rafael Ostau De Lafont Pianeta.



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 (...)"

Ocupándonos de nuestro elemento de culpa, este Despacho determina que aunado a lo anterior, mediante 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.

DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

La responsabilidad fiscal es entendida como una obligación de carácter administrativo declarada por las Contralorías, por mandato constitucional y legal. Su objeto es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, de quienes realizan gestión fiscal.

...

**3.4.1 Alcalde Mayor de Bogotá Presidente de la Junta Directiva de la EAB**

Las actuaciones que dan lugar al reproche fiscal por parte del **señor Gustavo Francisco Petro**, en su condición de gestor fiscal se encuentran en la **violación manifiesta e inexcusable del artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa**. Específicamente las **actuaciones irregulares** son:

- En Acta de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., N° 2482 de fecha 2 de octubre de 2012, consta que el señor Gustavo Petro hace un breve resumen de las actividades desplegadas por la administración, para cumplir con las providencias de la Corte Constitucional dentro del Plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana, concentradas principalmente en la inclusión de la población recicladora. Para lo anterior indicó que era necesario que se constituyera una empresa, se capitalizaran unos recursos de la EAB E.S.P., y se procediera a adquirir la flota compactadora para asumir la prestación del servicio de aseo dentro del esquema que aclara "no es de libre competencia para la ciudad".
- Se observa que además de lo manifestado por el señor Gustavo Petro en la citada Acta N° 2482, en Acta N° 2480 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., el señor Bravo Borda, Gerente General de la EAB E.S.P., para la época de los hechos de fecha 5 de septiembre de 2012 y Acta N° 2483 de reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., de fecha 12 de octubre de 2012, informó abiertamente a los miembros de la Junta Directiva que tanto el modelo de aseo para la ciudad de Bogotá como su implementación eran decisiones tomadas por la Administración Distrital en Cabeza del Alcalde Gustavo Petro.
- En calidad de Alcalde Mayor de Bogotá intervino directamente en la obstrucción, para impedir el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana de los operadores Lime, Aseo Capital, Atesa y Ciudad Limpia, prueba de ello es la intervención de la policía para evitar el ingreso al relleno siguiendo sus órdenes y las manifestaciones hechas por ...los diferentes medios de prensa.

El periódico el "TIEMPO" señaló:

"(...) la polémica desatada por la recolección de basuras en la ciudad a partir del 18 de diciembre está alcanzando ribetes inesperados tanto que este martes el Alcalde Gustavo Petro dijo públicamente que tomará medidas policivas contra los operadores privados, que desde esa fecha saquen los carros a las calles para recoger los residuos (...)"

- Igualmente la calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, en el Senado de la Rep[ú]blica y en medios de prensa hizo varias manifestaciones en las que se vislumbraba la intención de contrariar el ordenamiento jurídico.

La W radio, publicado en la página WEB:

"El Alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro aseguró que los cuatro operadores actuales no se pueden declarar en libre competencia porque esa es una figura que depende de la Administración Distrital, y entre los planes del Distrito no se encuentra decretar esas (sic) esquema.

De nosotros depende el concepto de libre competencia esa es una jugada tramposa para que tengamos que indemnizar a los cuatro operadores que hoy recogen el aseo, no en virtud de la libre competencia, sino en virtud de un contrato hecho a dedo bajo una urgencia manifiesta que decreto el distrito, aseguro".

Manifestaciones ante el Senado de la Rep[ú]blica el 19 de febrero de 2013:

"(...) No es cierto que exista libre competencia en el mercado del aseo tal como pregonaba la ley 142 (...) el Alcalde ordenó a sus funcionarios estar listos a asumir el 100% de la operación de aseo en la ciudad de Bogotá el 18 de diciembre (...)

Así resulta probado para el despacho el desconocimiento abierto, público e innegable del señor Gustavo Francisco Petro Urrego como Alcalde Mayor de Bogotá y como miembro de la Junta Directiva, de la libre competencia y como consecuencia, el desconocimiento de lo dispuesto el artículo 365 de la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, lo que derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC mediante Resoluciones N° 25036 del 21 de abril de 2014 y N° 53788 del 3 de septiembre del 2014, ocasionando el efecto económico adverso, constitutivo de daño patrimonial al Distrito Capital...

...

### **3.4.2 Miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P**

Los señores **Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, José Orlando Rodríguez Guerrero**, Miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., para el momento de los hechos, ejerciendo gestión fiscal, de conformidad con el artículo 22 de la ley 222 de 1995, en calidad de administradores, quienes debían obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y sus actuaciones también les correspondía velar por los intereses de la EAB E.S.P., desconocieron lo establecido en los artículos 1, 4 y 365 de la Constitución política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, contrariando así lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Específicamente la actuación en las que se evidencia que los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, José Orlando Rodríguez Guerrero, **violaron manifiesta e inexcusablemente los artículos 1, 4 y 365 de la constitución Política, la ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección a la competencia y por las cuales se encuadra su conducta como gravemente culposa**, es:

- En Acta de Junta Directiva N° 2480 del 5 de septiembre de 2012, se evidencia la participación de Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, José Orlando Rodríguez Guerrero, en reunión en la que se aprobó por unanimidad y sin evidencia de objeción alguna por los imputados, la reforma estatutaria de la EAB E.S.P., con el objetivo de ampliar su objeto social con el fin de permitir que la ciudad de Bogotá tuviera una empresa de carácter público, para la prestación de servicio de aseo sin atender la prevalencia del interés general ni la primacía de la constitución.

Así resulta probado para el despacho el desconocimiento abierto, p[ú]blico e innegable de los señores Alberto José Merlano Alcocer, Gerardo Ignacio Ardila Calderón, María Mercedes Maldonado Copello, José Orlando Rodríguez Guerrero como miembros de la Junta Directiva de la EAB E.S.P., pues no actuaron con lealtad, ni con la diligencia de un buen hombre de negocios, de la normatividad vigente en materia de libre competencia y como consecuencia el desconocimiento de los artículos 1, 4 y 365 de la constitución Política, la ley 142 de 1992, derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC mediante Resoluciones N° 25036 de 2014 y N° 53788 de 2014, ocasionando el efecto económico adverso constitutivo de daño patrimonial al Distrito Capital...

Al respecto, se resalta que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 15 de noviembre de 2017, dictada en el expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00<sup>79</sup>, en la que se decidió el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego en contra de la Procuraduría General de la Nación estableció lo siguiente:

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

...

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para

---

<sup>79</sup> Con ponencia del magistrado César Palomino Cortés.

la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento.

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

En los términos en los que fue planteado el cargo, las circunstancias particulares que antecedieron a la suscripción de los mencionados contratos no evidencian el desconocimiento del deber previsto en la Ley 632 del 2000 sobre la asignación de áreas de servicio exclusivo mediante la celebración de contratos de concesión previa la realización de licitación pública. Adicionalmente, el contrato No. 017 del 2012 es un contrato interadministrativo que se formalizó por contratación directa, de conformidad con lo autorizado en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, y reglamentado en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 del 2012, que procede por estar sustancialmente relacionado el objeto contractual con el objeto social de la entidad ejecutora: EAAB. No se trata de una contratación "irregular" como se califica al sustentar la falta disciplinaria. En efecto, el mismo Director (E) de la UAESP, mediante acto administrativo, resolvió declarar justificada la contratación directa, de conformidad con lo autorizado por el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 del 2007, para la celebración de un contrato interadministrativo con la EAAB E.S.P68 con el objeto de "garantizar la prestación continua y eficiente del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. mientras se implementa de manera definitiva el esquema operativo y contractual bajo el cual se prestará el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., se surte el trámite de la verificación de motivos para la concesión del servicio de aseo con la inclusión de ASE, conforme al procedimiento previsto en la sección 1.3.7 de la Resolución CRA 151 del 2001, y se adelante el proceso precontractual que ordena la ley para la conveniencia y oportunidad de suscribir un contrato de operación con una empresa de servicios públicos oficial que garantice la prestación continua y eficiente del servicio a todos los usuarios de la ciudad, sin importar su condición económica y las condiciones de accesibilidad para la prestación del servicio, que contribuya de manera efectiva a la ejecución del programa del gobierno distrital de "Basura Cero" contenido en el Plan de Desarrollo 2012 - 2016 Bogotá Humana (Acuerdo 489 del 2012 del Consejo Distrital), que enfoque la prestación

del servicio de aseo hacia el aprovechamiento, y que permita la implementación gradual del esquema de inclusión de la población recicladora, la cual, por mandato del Auto de la Corte Constitucional No. 275 del 2011, tiene la exclusividad para la prestación de esta actividad complementaria”.

Así, se encuentra que, la jurisprudencia en cita se refirió a la forma en que se adjudicaron los contratos, pues determinó que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB SA ESP, respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Para el caso en estudio, se observa que, la conducta reprochada de los demandantes por parte del órgano fiscal consistió en la violación de la Constitución y las leyes sobre servicios públicos domiciliarios y libre competencia, lo que derivó en la imposición de las sanciones por parte de la SIC.

Así, el fallo de responsabilidad fiscal se fundó en una indebida aplicación de las presunciones de culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001, pues antes de resolver la conducta de cada uno de los demandantes, aludió a dicha norma, para luego establecer frente a cada uno de ellos, lo que consideró una “manifiesta e inexcusable” violación de la Constitución y la ley, pero sin determinar de forma expresa la causal de presunción de culpa grave y bajo el sustento normativo correspondiente.

En relación con este asunto, la Corte Constitucional señaló que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. Al respecto, ha insistido el Alto Tribunal Constitucional que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente<sup>80</sup>.

De manera que, en procedimientos como el de responsabilidad fiscal, puede encontrarse acreditada la existencia cierta, cuantificada y

---

<sup>80</sup> Sentencia C-382 de 2008.

probada del daño, pero para que exista declaratoria de responsabilidad fiscal, es necesario probar la conducta dolosa o gravemente culposa generadora de aquel.

En consecuencia, **este cargo también prospera**, toda vez que en los actos acusados no se encuentra acreditada la responsabilidad fiscal atribuida a los demandantes, bajo el elemento de la culpa grave que se les atribuyó, sin que se acudiera al fundamento legal para ello, pues se reitera que, en caso de presunción, la culpa grave debe estar definida expresamente por la ley.

## **5. Efectos de la sentencia**

Para establecer los efectos de la presente decisión, resulta necesario destacar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho lo promovieron los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón, a través de su apoderado.

Por lo que, se precisa que la declaración de nulidad solo beneficiará al demandante en mención, sin que sea admisible extender sus efectos en beneficio de quienes fueron declarados fiscalmente responsables solidarios pero que no participaron del proceso, en aplicación del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 que sobre el particular dispone:

“ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada...

...

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

...”

En consecuencia, la nulidad de los actos administrativos contenidos en los actos acusados cobijará única y exclusivamente a los demandantes.

## **6. Restablecimiento del derecho**

De conformidad con el análisis expuesto, se encuentra que la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos demandados se logró desvirtuar ante la configuración de la causal de nulidad por infracción a las normas en que deberían fundarse descrita en los cargos primero y cuarto de la demanda; por lo que, la Sala procede a determinar el restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad parcial de tales actos de la siguiente manera:

La parte demandante solicitó el restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

3.2.3. Se deje sin efecto la inclusión de los actos impugnados en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República y en el registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación, en relación a mis poderdantes.

En relación con dicho registro, se recuerda que la Ley 610 de 2000, contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 60. BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General



de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”

De manera que, la Sala observa que una consecuencia directa de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados corresponde al hecho de que la parte demandada:

i) Deje sin efecto la condena de responsabilidad fiscal impuesta los demandantes y,

ii) se elimine la inclusión de los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República y en el registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación o en su defecto cualquier registro donde aparezcan los demandantes como responsables fiscales, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal número 170000-0001/16.

Finalmente, en relación con el restablecimiento del derecho pretendido para el reconocimiento de los **perjuicios morales y materiales**, así como la **indemnización solicitada** de los numerales 3.2.4 y 3.2.5 del acápite de pretensiones, se observa que, no se encuentran acreditados probatoriamente.

Al respecto, se precisa que, el artículo 167 de la Código General del Proceso establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los principios de independencia, autonomía e imparcialidad frente a las partes, se sostienen en su función primordial de resolver la disputa, y por ello el legislador ha optado por prescribir que la parte debe aportar los medios de prueba que permitan llevar al juez el conocimiento sobre su pretensión.

En lo atinente, se observa que con auto del 25 de febrero de 2021 se indicó que, si bien se encontraba programada la audiencia inicial, el asunto era de puro derecho y por tanto no era necesaria la práctica de pruebas.

Asimismo, se debe mencionar que, para la determinación del perjuicio, este no es una consecuencia automática de la nulidad de los actos administrativos, puesto que requiere prueba de su ocurrencia.

Por lo que, si bien en el presente asunto los actos resultan viciados parcialmente de nulidad y así declarará; en este caso, se precisa que la parte demandante no acreditó probatoriamente la "incursión de gastos para el pago de los servicios jurídicos", tampoco los "perjuicios materiales correspondientes al daño emergente entendido como una disminución patrimonial concreta sufrida por gastos de honorarios", ni los daños morales la afectación sufrida de bienes no patrimoniales (dolor antijurídico), ni el impacto emocional negativo, ni el "dolor y el impacto emocional" reclamado en la demanda.

En ese orden, la parte demandante no demostró probatoriamente en el proceso los perjuicios con ocasión de los gastos por servicios profesionales jurídicos, el dolor, la congoja o el sufrimiento padecido presuntamente por los actos acusados.

Por tanto, se denegarán dichas solicitudes.

## **7. De la condena en costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada en la condición de parte vencida en el proceso.

Lo anterior, por cuanto la contestación de la demanda cuenta con un razonable fundamento fáctico y jurídico, pese a que el análisis del fondo del asunto conduce a declarar la nulidad parcial de los actos acusados, pero en el ejercicio del derecho de contradicción en este caso no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa o arbitraria ni mucho menos que la parte demandada haya procedido "con manifiesta carencia de fundamento legal".

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**1°) Declárase** la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en el fallo con responsabilidad fiscal 03 de 20 de octubre de 2017, el Auto de 12 de octubre de 2018 y, la Resolución 2698 de 16 de noviembre de 2018, proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0001/16, en lo que respecta a los demandantes.

**2°)** Como restablecimiento del derecho **ordénase** a la entidad demandada, esto es, a la Contraloría Distrital de Bogotá, dejar sin efecto única y exclusivamente la condena de responsabilidad fiscal impuesta a los señores Gustavo Francisco Petro Urrego, María Mercedes Maldonado Copello, Alberto José Merlano Alcocer y Gerardo Ignacio Ardila Calderón y dejar sin efectos la inclusión de cada uno en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República y en el registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación o en su defecto cualquier registro donde aparezcan los demandantes como responsables fiscales, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal número 170000-0001/16.

**3°) Absténesese** de condenar en costas por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**4°) Devuélvase** a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

**5°) Notifíquese** esta providencia en los términos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

**6°)** Ejecutoriada esta providencia, **archívese** el expediente.

### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

**ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
**Magistrado**  
**Firmado electrónicamente**

**CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN**  
**Magistrado**  
**Firmado electrónicamente**

**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
**Magistrado**  
**Firmado electrónicamente**

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011.