

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente: ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Radicación: 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: GUSTAVO FRANCISCO PETRO
URREGO
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 Gustavo Francisco Petro Urrego, quien actúa 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

En el escrito de la demanda, la parte actora presentó las siguientes súplicas:

"Primero. La nulidad del fallo de primera instancia No. 01 del 27 de junio de 2016, del acto administrativo del 27 de octubre de 2016, por medio del cual se niega el recurso de reposición y de la Resolución No. 4501 del 29 de noviembre de 2016 por medio [de la] cual se niega el recurso la apelación proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12 por la Contraloría Distrital de Bogotá.

Segundo. Como consecuencia de la pretensión anterior, a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efecto la condena impuesta a mi mandante de pagar, en forma solidaria, la suma de DOSCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS
MONEDA CORRIENTE (\$217.204.847.989.).

Tercero. Como consecuencia de la pretensión anterior, a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efecto la inclusión del doctor Gustavo Francisco Petro Urrego 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.

Cuarto. Se condene al pago de costas y agencias en derecho a la Contraloría Distrital de Bogotá.”

2) Hechos

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

2.1. El Alcalde Mayor de Bogotá, de conformidad con el Decreto 80 de 1987¹ “Por el cual se asignan unas funciones a los municipios en relación con el transporte urbano”, tiene asignada la función de fijación de tarifas para el servicio de transporte público urbano.

2.2. Desde hace poco más de dos décadas, la Nación y las entidades territoriales optaron por incentivar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros urbano² mediante sistemas masivos por considerar que era la mejor opción para garantizar un servicio de transporte sostenible social, económica y ambientalmente, prestado en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad (artículo 3º Ley 105 de 1993).

2.3. Con esta premisa surge el sistema Transmilenio, un sistema de transporte masivo de pasajeros mediante la prestación del servicio con buses que transitan en un carril exclusivo y separado de la vías utilizadas por otros medios de transporte que corresponde al tipo BRT4.

Este sistema ha operado en forma simultánea con el sistema tradicional de Transporte Público Colectivo – TPC.

¹ Decreto expedido por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 13 de la Ley 12 de 1986.

² “El numeral 2 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993 define el servicio de transporte como un servicio público, así: “2. DEL CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE: La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad...”

2.4. En el año 2009 se expidió el Decreto 309 *"Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá D.C., y se dictan otras disposiciones"*, en cuyo artículo primero se adopta para la ciudad de Bogotá el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) *"...como sistema de transporte público distrital en la ciudad de Bogotá"* (Art. 1º D. 309/09). Este sistema integrado implica la *"...articulación, vinculación y operación integrada de los diferentes modos de transporte público..."* (Art. 1º D.309/09).

En forma expresa se dispone que *"La integración de los diferentes modos de transporte público en el radio de acción distrital, iniciará con el transporte público colectivo urbano de pasajeros y el masivo actual..."*, es decir, que en la actualidad el sistema de transporte masivo de la ciudad de Bogotá está integrado y se conforma por la operación troncal, antes sistema Transmilenio, y la operación zonal, antes transporte público colectivo o TPC.

El SITP, conforme al artículo 2º del Decreto 309 de 2009, es el eje estructurante del sistema de movilidad de Bogotá, en consecuencia, su implantación es una prioridad para la ciudad.

Asimismo, señala el artículo 3º del Decreto 309 de 2009 que el SITP se sujeta al régimen jurídico aplicable al transporte masivo, sus normas reglamentarias y modificatorias y a dicho acto administrativo, entre ellas las referidas a los principios tarifarios del SITP, en los que se destacan los principios de sostenibilidad financiera, costeabilidad y equilibrio (Art. 21 D. 309/09).

A partir de este decreto y con la implementación del SITP, el marco tarifario del transporte masivo tiene como principio la sostenibilidad financiera del sistema.

2.5. En el Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016, entre los proyectos prioritarios se encuentra la implementación del sistema integrado de transporte público. Este Plan Distrital es coherente con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 - Ley 1450 de 2011, en el cual se incentiva el uso de sistemas de transporte masivo para mejorar la movilidad urbana.

2.6. El SITP inició su proceso de operación en el año 2012, primero con la operación troncal (Fase III Transmilenio) y luego con la operación zonal.

2.7. Transmilenio S.A. como ente gestor del sistema identificó un creciente descontento general con el sistema de transporte masivo lo que incluso generó problemas de orden público tales como continuos ataques al sistema y, especialmente, en marzo de 2012 ocurrió un incidente del alta gravedad, pues se reportaron daños a 5 estaciones y 15 vehículos articulados, que generaron pérdidas económicas avaluadas en aproximadamente \$1.000 millones de pesos, además de varias personas heridas.

Agregó que, tal situación fue puesta en conocimiento por Transmilenio, entre otros, a la señora Clemencia Giraldo Gutiérrez, Directora de Movilidad de la Contraloría de Bogotá, a través del oficio TMSA 2013EE1689 del 18 de febrero de 2012.

Igualmente, se había detectado una creciente congestión en el sistema troncal para las denominadas horas pico, lo cual daba lugar a grandes colas de ingreso al sistema, buses con un alto tráfico de pasajeros, demoras para ingresar al sistema y ampliación en los tiempos de viaje, situaciones adversas que afectan la prestación del servicio en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad para los usuarios.

2.8. En los meses de mayo, junio y julio el año 2012 se surte el proceso de discusión de fijación de tarifas para el SITP, en sus componentes troncal (Transmilenio) y zonal, mediante un estudio conjunto de Transmilenio S.A., la Secretaría de Hacienda y la Secretaría Distrital de Movilidad que consta en varias actas de reunión. Igualmente, se tuvo en cuenta el estudio elaborado por Steer Davies Gleave para Transmilenio en el año 2009.

Estos estudios evidenciaron que, a través de una política pública tarifaria, en la cual se establezca una reducción en la tarifa del sistema troncal en hora valle incentiva el traslado de usuarios de las horas pico a las horas valle, de modo que se mejora las condiciones del sistema en horas pico, pues se disminuye la congestión en el ingreso al sistema en los buses y se reducen las demoras en tiempo en el sistema de transporte, todo lo cual, redundará en una mejoría en la prestación del servicio público de pasajeros en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, e incentiva el uso del sistema masivo.

2.9. Con fundamento en las normas constitucionales, legales y distritales, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego como Alcalde

Mayor de Bogotá, en ejercicio de sus competencias y con soporte en los estudios previos elaborados conjuntamente por Transmilenio y la Secretaría de Movilidad, expidió el Decreto 356 del 23 de julio de 2012 "*Por el cual se establece la tarifa del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público 'SITP' en el Distrito Capital*", decreto que se sujeta a los principios tarifarios del SITP establecidos en el artículo 21 del Decreto 309 de 2009.

2.10. El Decreto 356 de 2012 estableció una política pública a través de la fijación de tarifas para desestimular el uso del sistema troncal en hora pico e incentivar el uso del SITP, así mismo fijó un subsidio en favor del adulto mayor.

2.11. Mediante oficio 3-2012-23113 del 27 de agosto de 2012, el doctor Diego Ardila Medina, Contralor de Bogotá, ordenó al Grupo Especial de Apoyo y Fiscalización GAF hoy Dirección de Reacción Inmediata, abrir una Indagación Preliminar, con el fin de establecer un posible detrimento al patrimonio del Distrito Capital por la expedición del Decreto 356 de Julio 23 de 2012.

2.12. La Contraloría Distrital de Bogotá, mediante auto de Apertura del 26 de diciembre de 2012, dio inicio al proceso de responsabilidad fiscal con el radicado con el 170000-0002/2012, en cuantía de \$64.063.000.000.00 y vinculó como presuntos responsables fiscales, entre otros, al señor Petro Urrego.

2.13. En el auto de apertura se indica que el daño patrimonial se configura por: "*La rebaja de tarifas generalizada, sin analizar la fuente de financiación, los recursos disponibles, la capacidad de pago de los usuarios, el incremento de la demanda, el impacto negativo que se generaría en el presupuesto distrital, la recomendación del CONFIS, no fue coherente con los principios acordados en los contratos de concesión celebrados con los operadores del sistema de transporte masivo de las Fases I, II y III, puesto que el Sistema Transmilenio ha sido diseñado como un sistema autónomo en sus flujos y por tanto, autosostenible en la operación, con la finalidad de que no requiera ningún tipo de subsidio...*".

La Contraloría Distrital, en el mismo auto de apertura y respecto del elemento subjetivo de la culpabilidad, acudió a las presunciones de

dolo y culpa consagradas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.

2.14. En el curso del proceso, el señor Petro Urrego solicitó la nulidad de lo actuado, entre otras razones, por haberse aplicado la Ley 678 de 2001 y las presunciones de culpa grave y dolo previstas en la misma, la cual es solo aplicable en los casos de “acción de repetición”, hipótesis frente a la que no se estaba, por ser éste un proceso de responsabilidad fiscal regulado por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. Con la consecuente violación del principio de legalidad y debido proceso. Esta nulidad fue negada en auto de agosto 3 de 2016.

2.15. El fallo de primera instancia 01 se expidió el 27 de junio de 2016, dispuso declarar responsable fiscal al señor Petro Urrego, en forma solidaria, por la suma de doscientos diecisiete mil doscientos cuatro millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y nueve pesos moneda corriente (\$217.204.847.989), así como la inclusión del doctor Gustavo Francisco Petro Urrego 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.

2.16. Los fundamentos que soportan el fallo no son coherentes con la realidad fáctica y jurídica.

2.17. Contra el fallo de responsabilidad fiscal se presentaron, oportunamente, los recursos de reposición y en subsidio apelación, que se resolvieron mediante el acto administrativo del 27 de octubre de 2016 y la resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, en la cual se confirmó el fallo de primera instancia.

2.18. La resolución 4501 de noviembre 29 de 2016 fue notificada por estado del 1° de diciembre de 2016.

3) Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante, para sustentar sus pretensiones adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas:

- a) Constitución Política: Artículos 6°, 29, 93, 121, 124, 237, 238 y 268.

- b) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Artículos 3º y 104.
- c) Ley 610 de 2000: Artículos 2º, 3º, 5º y 66.
- d) Ley 1474 de 2011: Artículos 118 y 125.
- e) Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 23.
- f) Ley 43 de 1990: Artículo 6º.
- g) Decreto 2649 de 1993: Artículo 1º.
- h) Decreto Ley 111 de 1996: Artículo 11.

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

3.1. Primer cargo: Violación a normas superiores por transgresión del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "*Pacto de San José de Costa Rica*", aprobado por la Ley 16 de 1972 y de los artículos 6º y 121 de la Constitución Política.

La Contraloría demandada carece de competencia para limitar o restringir el ejercicio de sus derechos políticos a ser elegido.

Sostuvo que el referido artículo 23 CADH³, en su numeral 2º contempla que solo se puede restringir el derecho al voto en las condiciones fijadas en la ley "exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal".

Mencionó que la Contraloría Distrital carece de competencia para restringir sus derechos políticos a ser elegido ya que no es autoridad judicial y tampoco se adoptó una decisión en el marco de un proceso penal como lo establece el mencionado artículo 23 de la convención. Para tal efecto, citó los artículos 6º y 121 de la Constitución Política.

³ Aprobado por la Ley 16 de 1972. Convenio que de conformidad con el artículo 93 superior, prevalece en el orden interno porque forma parte del denominado "bloque de constitucionalidad" y las decisiones de la Corte Interamericana son un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, como expresamente lo señala la sentencia T-653 de 2012 de la Corte Constitucional.

Anotó que las aspiraciones del demandante a ocupar cargos de elección popular es el ejercicio de un derecho político con expectativas sólidas como se desprende de distintas encuestas de intención de voto efectuadas de cara a las próximas elecciones presidenciales.

Indicó que la entidad demandada no podía imponer una inhabilidad para el ejercicio de sus derechos políticos a ser elegido, pues ello solo procede por decisión de un juez penal, en virtud del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligatoria para el estado colombiano, no solo por ser parte del bloque de constitucionalidad sino también por el acuerdo de paz suscrito por el Estado Colombiano y las FARC-EP.

3.2. Segundo cargo: Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción al derecho de defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, los artículos 2º y 66 de la Ley 610 de 2000 y los artículos 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011.

Señaló que los actos demandados acudieron, para demostrar la culpa grave atribuida al demandante, a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001, con lo cual se quebrantaron las citadas normas.

Recordó que el régimen propio del proceso de responsabilidad fiscal sólo puede ser fijado por el legislador (reserva legal), con fundamento en el artículo 268 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 124 ibidem.

Expuso que el proceso de responsabilidad fiscal se encuentra regulado en la Ley 610 de 2000 y en la Ley 1474 de 2011, sin perjuicio de las fuentes normativas a las que estas leyes remiten en forma precisa (Art./ 66 L. 610/00 y Art. 105 L. 1474/11).

Refirió que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal es una potestad de reserva exclusiva del legislador, que lo ha efectuado a través de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 y, la Ley 678 de 2001 no es parte de ese régimen jurídico aplicable al proceso de responsabilidad fiscal.

Afirmó que la norma invocada en el fallo para presumir la culpa grave del actor correspondió a la Ley 678 de 2001, la cual regula la acción de repetición, que no es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, por no ser fuente normativa de estos procesos ni ser probable su aplicación extensiva conforme a la jurisprudencia.

Adujo que la Contraloría Distrital no aplicó una presunción legal dispuesta por el legislador para el juicio fiscal, sino por el contrario utilizó una ajena al cuerpo normativo de la responsabilidad fiscal y no solo extraña a dicho trámite, sino que, además, ajena al procedimiento administrativo, ya que la acción de repetición es contencioso administrativa.

Consideró que es injustificable que la Contraloría de Bogotá recurriera en el fallo a la Ley 678 de 2001 para aplicar sus disposiciones en la decisión administrativa demandada. Por ello, es claro, evidente y palmario que la precitada norma no hace parte de las que rigen el juicio de responsabilidad fiscal, ya que no está contenida en las leyes que rigen su trámite y en ninguna ley que sea fuente remisoría del mismo.

Resaltó que los principios del debido proceso y derecho de defensa y las garantías sustanciales y procesales que ello envuelve –como las relativas a la carga de la prueba–, son de aplicación en el proceso de la responsabilidad fiscal y se vulneraron al determinar la responsabilidad con aplicación de una presunción que no procedía al caso concreto.

3.3. Tercer cargo: Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción a los artículos 6º, 121, 237 y 238 de la Constitución Política, del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, del artículo 5º de la Ley 610 de 2000 y del artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

Indicó que los actos demandados efectuaron un control de legalidad que excede la competencia establecida por la Constitución y la Ley a las Contralorías, en la medida en que, bajo un juicio de valor, concluyeron que el Decreto 356 de 2012 era contrario a las normas en que debía fundarse, entre ellos, el artículo 355 superior y los Decretos 831 de 1999 y 309 de 2009.

Señaló que se quebrantó el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece el alcance y efecto del control de legalidad de la Contraloría, dándole la orden perentoria de que, ante el “quebrantamiento del principio de legalidad”, se debe promover inmediatamente las acciones constitucionales pertinentes y solicita las medidas cautelares para proteger el patrimonio público.

Manifestó que al desbordar sus competencias, la entidad de control acusada desconoció, igualmente los artículos 237 y 238 constitucionales y el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, normas que radican exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativo, la atribución para valorar la constitucionalidad y legalidad de actos administrativos.

Cuestionó que el órgano de control afirmara que un acto administrativo lícito puede entrañar algún daño de tipo patrimonial del Estado, pues con ellos se desconoce que la responsabilidad fiscal exige una conducta dolosa o gravemente culposa (art. 5º L. 610/00).

Destacó que el acto administrativo que se encuentra ajustado a las normas constitucionales y legales, no puede atribuirle a quien lo expide una conducta dolosa ni culposa y, por ende, atribuirle un efecto de daño patrimonial hace objetiva la responsabilidad.

3.4. Cuarto cargo: Violación del artículo 3º de la Ley 610 de 2000 por cuanto la adopción de políticas públicas no es gestión fiscal ni pueden convertirse en daño patrimonial, por ausencia de calidad de gestor fiscal de quien adopta una política pública.

Indicó que con la decisión administrativa demandada analizó y concluyó que se estableció un subsidio generalizado con violación del artículo 355 de la Constitución Política y con desconocimiento de normas que le eran obligatorias sobre el marco económico de los contratos de concesión y las políticas tarifarias del SITM-SITP, del Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016, como tampoco las recomendaciones del CONFIS dadas en el Acta 16 de 2009.

Mencionó que el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y el Plan Distrital de Desarrollo – Bogotá Humana – fijaron como parte de sus metas el incentivo de sistemas masivos de transporte y, para el caso de Bogotá, incentivar el Sistema Integrado de Transporte Público, el cual comprende la operación del SITM (operación

troncal) y de la zonal, así como de mejoramiento en la calidad de prestación del servicio de transporte afectada por la alta demanda del sistema en horas pico.

Añadió que la definición de tarifas en hora pico y en hora valle hace parte de las políticas públicas de incentivo para el uso del SITP para desestimular el uso del sistema en horas picos e incentivar su uso en hora valle, para descongestionar el transporte en altas horas de uso (hora pico) y mejorar la calidad en el prestación del servicio público de transporte urbano.

Refirió que estas políticas públicas, contenidas en actos administrativos cobijados por la presunción de legalidad, no son *per se* actos de gestión fiscal y tampoco causa detrimento patrimonial cuando su finalidad es el mejoramiento en la calidad de un servicio público.

Precisó que el Decreto 356 de 2012⁴ tiene dos componentes: i) fijó las tarifas del SITP en su componente troncal y zonal, y ii) fijó un subsidio para las personas mayores de 62 años.

Mencionó que la tarifa que se fija para el SITP, en su componente troncal y zonal, corresponde con la fijación de una política pública amparada en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y en el Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016.

Afirmó que en el documento explicativo del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se establecen los lineamientos para que, a nivel territorial, se fijen e implementen políticas encaminadas a incentivar el uso del transporte público y fortalecer los sistemas integrados masivos de transporte y los sistemas integrados de transporte público, asimismo, establece un marco metodológico para la fijación de la tarifa.

Resaltó que el Plan de Desarrollo del Distrito - Bogotá Humana tiene, como parte de su eje 2, las políticas sobre movilidad urbana, así en el artículo 28 "Programa de Movilidad Humana", señala como metas de las políticas públicas, la priorización del transporte público y mejorar las condiciones de la movilidad, además de incentivar la implementación del sistema integrado de transporte público.

⁴ Por el cual se establece la tarifa del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público "SITP" en el Distrito Capital. Modificado por el Decreto Distrital 400 de 2012.

Señaló que la fijación de tarifas al usuario en hora pico y hora valle hace parte de estas políticas públicas de incentivar el uso del SITP, desestimular el uso del sistema en hora pico e incrementarlo en hora valle, para disminuir la congestión del sistema y mejorar las condiciones de calidad en la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros⁵.

Expuso que es inaceptable extraer de un decreto legal y constitucional, que es un instrumento de implementación de una política pública nacional y distrital, una consecuencia antijurídica al punto de convertir una política pública en daño patrimonial.

Agregó que la implementación de políticas públicas, aunque no ajenas a instrumentos de evaluación fiscal, no pueden ser analizadas y juzgadas bajo las mismas condiciones de meras actividades operativas, porque estas responden a herramientas de gobierno que buscan atender un objetivo y metas de interés general.

Reiteró que el demandante, en calidad de Alcalde Distrital y en su calidad de autoridad tarifaria, expidió el Decreto 356 de 2012 con el cual se regularon las tarifas del SITP (componente troncal y zonal), con el fin de incentivar el uso de dicho medio de transporte y mejorar las condiciones de calidad y seguridad en la prestación del servicio en horas pico, reiterando que dicho decreto goza hoy en día de plena validez y se encuentra cobijado por el principio de legalidad.

Añadió que la medida tuvo un impacto positivo en el incremento del uso del SITM-SITP que era uno de los objetivos y en descongestionar el sistema en hora pico, pues no solo el número de pasajeros aumentó, sino también el porcentaje de ciudadanos que usaban el Sistema Integrado de Transporte en el componente troncal con preferencia a otros medios de transporte.

Recordó que bajo la administración del demandante no se cambiaron las condiciones contractuales con Transmilenio, ni los operadores privados, ni se creó el fondo de estabilización, así mismo el Decreto 356 de 2012 no disponía de un gasto presupuestal ya que este es aprobado por el Concejo Distrital y ya estaba previsto en el presupuesto para el año 2012.

⁵ Lo cual, a su juicio, es armónico con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 105 de 1993, que consagra los principios del transporte público.

Adujo que la política pública diseñada e implementada por el demandante implicaba el ejercicio de sus funciones y potestades como regulador tarifario del sistema integrado de transporte público y a través de la misma se propició el uso del SITP y se disminuyó la congestión del sistema en horas pico con lo que se impactó la calidad y seguridad en la prestación del servicio público de pasajeros.

3.5. Quinto cargo: Falsa motivación

Manifestó que se dan por existentes hechos que no existen, pero que la Contraloría los afirma como ciertos, le da a las normas un alcance que no tienen o se desconoce su existencia y los argumentos que sirven de fundamento a los actos demandados no justifican la sanción impuesta.

Para sustentar la referida causal de nulidad, la parte actora desarrolló los siguientes elementos:

3.5.1. Legalidad del Decreto 356 de 2012

Sostuvo que dicho decreto es un acto administrativo contentivo de una política pública de transporte, el cual se encuentra cobijado por presunción de legalidad, ya que se ajusta a las normas legales sobre el transporte público, al marco tarifario fijado para el SITP, a los planes nacional y distrital de desarrollo vigente al momento de su expedición.

Consideró que la Contraloría demandada carece de competencia para desconocer tal presunción y asumir que en su expedición se desconocieron normas legales, reglamentarias, contratos y conceptos; por lo que, al hacerlo, aplicó una excepción de ilegalidad que se encuentra atribuida al juez contencioso administrativo y no a la autoridad administrativa. Cita sentencia C-037 de 2000 de la Corte Constitucional.

3.5.2. Políticas públicas en materia de movilidad - Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y Plan Distrital de Desarrollo 2012-2016 Bogotá Humana

Recordó que bajo el aludido contexto se planteó la implementación de una política pública en materia de tarifa al usuario encaminada a cumplir esos objetivos que hacen parte de las políticas de desarrollo en movilidad.

Señaló que estas políticas públicas en materia tarifaria para el cumplimiento de esos objetivos, previstas en los artículos 1º a 4º del Decreto 356 de 2012 -tarifas al usuario del componente troncal del SITP y para transbordos por franja horaria (para horas pico y tarifas para horas valle)-, no es un subsidio, ni así quedó previsto en el decreto ni en sus estudios soporte. Sí fijó un subsidio en favor de adultos mayores.

3.5.3. Marco tarifario del SITM-SITP – decretos y contratos de concesión

Precisó que a pesar de que el Decreto 831 de 1999⁶ fue erradamente citado como parte del fundamento jurídico del Decreto 356 de 2012, esto hecho ni revive esta norma, ni la hace aplicable a la fijación de tarifas del SITP.

Mencionó que con ello también incurre en un error la Contraloría Distrital al invocar como sustento del fallo de responsabilidad una norma que no estaba vigente para la época de expedición del Decreto 356 de 2012.

Adujo que no es cierto ni se ajusta a la realidad la afirmación del ente de control sobre el desconocimiento o el quebrantamiento del marco tarifario previsto en los contratos de concesión del sistema integrado de transporte público, por el contrario, en particular frente al SITP - SIRCI - es claro que sí se tenía previsto tarifas variables por franja horaria.

Resaltó que la afirmación de que *"no cumplió con los principios básicos del marco económico de los Contratos de Concesión, con lo dispuesto en el Decreto 831 de 1999 respecto a la autosostenibilidad de la tarifa, con lo preceptuado en el Decreto 309 de 2009 respecto a la sostenibilidad del sistema..."* es contraria a la realidad.

⁶ *"...Por el cual se reglamenta el Acuerdo 4 de 1999, del Concejo de Santa Fe de Bogotá y se dictan otras disposiciones", estableció unas disposiciones sobre el sistema de transporte masivo, entre ellas, el marco tarifario, sin embargo, este decreto fue derogado con la expedición del Decreto 309 de 2009 'Por el cual se adopta el Sistema Integrado de Transporte Público para Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones', en cuyo artículo 31 se dispuso que 'El presente Decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga el parágrafo primero del artículo primero del Decreto 436 de 1996 y el Decreto 1094 de 1998, así como todas las disposiciones que le sean contrarias'."*

Ello, por cuanto el Decreto 356 de 2012 se ajustó íntegramente al principio de sostenibilidad financiera del Decreto 309 de 2009 y a los marco tarifario y económico de los contratos de concesión de recaudo (fase I, fase II y SIRCI), en los que se prevé el uso de políticas públicas tarifarias para optimizar el uso del sistema, en especial, la fijación de tarifas por franja horaria o el Fondo Estabilización Tarifaria (FET), que se alimenta, entre otros, de recursos del Distrito.

3.5.4. Estudios soporte del Decreto 356 de 2012 - fuentes de financiación y Acta 16 de 2009 del CONFIS

Indicó que no es cierto que no se contara con los estudios correspondientes elaborados por los entes gestores y evaluados por la Secretaría Distrital de Movilidad.

Añadió que la fuente de financiación de la política pública tarifaria definida en el Decreto 356 de 2012 estaba determinada con anterioridad a la expedición de este decreto, esto ya estaba previsto en los contratos de concesión de recaudo (fase I, fase II y SIRCI) y no se requería de otros mecanismos para la sostenibilidad financiera del sistema a los que ya estaban previstos.

Acotó que lo que se haya determinado en el año 2009, bajo la vigencia de un Plan de Desarrollo y un presupuesto, que no eran aplicables al año 2012, no puede tenerse como un criterio obligatorio y del cual no puede apartarse la administración distrital ni el demandante.

3.5.5. Manejo presupuestal y contable

Sostuvo que la Contraloría incurre también en un grave error sobre el manejo contable del gasto público, especialmente porque confunde el concepto de presupuesto con el de contabilidad pública.

Mencionó que en el año 2011, efectivamente se giraron recursos para los fondos de Transmilenio que quedaron registrados contablemente en las cuentas de resultado (gastos), grupo 55 cuenta 5550 del gasto público social, porque para esa época se consideraba que esa era la cuenta de registro contable apropiada; año en el cual el señor Gustavo Francisco Petro Urrego no era alcalde de Bogotá.

Afirmó que para el año 2012, por aplicación del concepto 2012EE343346 del 31 de diciembre de 2012, se corrigió la cuenta de contabilización de esas transferencias, de manera que, a partir de esa anualidad los recursos transferidos por el Distrito al Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) se registran en la cuenta contable 542302 – Otras Transferencias – Para Proyectos de Inversión⁷.

Expuso que si la Contraloría Distrital concluye en los actos demandados que el Decreto 356 de 2012 establece un subsidio generalizado, por cuanto las transferencias al FET efectuadas por el Distrito fueron contabilizadas en los años 2012 y 2013 (período investigado) en la cuenta 555090 - gasto público social subsidios asignados – otros subsidios, es evidente, que ese supuesto de hecho es contrario a la realidad y, consecuentemente, es palmaria la falsa motivación.

3.6. Sexto cargo: Inexistencia de los elementos de responsabilidad, bajo los siguientes argumentos:

3.6.1. Inexistencia de culpa grave

Afirmó que el fallo acusado sustentó la declaratoria de responsabilidad fiscal en que la fijación de tarifas diferentes según la franja horaria era un subsidio generalizado, que eran contrarias al marco tarifario fijado para el SITP, a los contratos de concesión⁸, que no tenían sustento en el Plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana⁹, que se contabilizaron como subsidios en las cuentas de gasto público social a título de subsidio del Distrito, que el Decreto 356 de 2012 carecía de los soportes y estudios pertinentes, que no se estableció la fuente financiera para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y, que se obvió la recomendación contenida en un documento CONFIS 2009.

Mencionó que lo anterior no es cierto, pues, establecer una tarifa por franja horaria no es un subsidio generalizado ni es contrario al marco tarifario fijado para el SITP, basado en el principio de sostenibilidad financiera¹⁰, ni mucho menos era contraria a los contratos de concesión; de hecho, establecer tarifas al usuario por

⁷ Preciso que la constancia de este ajuste se consignó en el oficio 2017EE37070 del 21 de marzo de 2017, suscrito por la Contadora General de Bogotá.

⁸ Estaban previstas expresamente en el contrato de concesión del SIRCI.

⁹ Artículo 28.

¹⁰ El Decreto 831 de 1999 fue derogado por el Decreto 309 de 2009.

franja horaria está estipulado expresamente en el contrato de concesión del SIRCI¹¹.

Agregó que en el Plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016 sí se contempla la política de incentivar el uso de sistemas masivos de transporte¹², asimismo, los recursos de transferencia al FET estaban contemplados en el presupuesto distrital para los años 2012 y 2013; las transferencias al FET no se contabilizaron como subsidios en las cuentas de gasto público social-otros subsidios.

Manifestó que el Decreto 356 de 2012 sí contó con los soportes y estudios pertinentes y se tenía establecida la fuente financiera para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema¹³ y la recomendación contenida en un documento CONFIS 2009 no era obligatoria ni estaba vigente para el año 2012, pues, no se refiere al presupuesto de ese año.

Reiteró que la implementación de la política pública contenida en el Decreto 356 de 2012 estaba orientada a incentivar el uso del sistema masivo de transporte (SITM-SITP) y mejorar las condiciones de calidad, seguridad y oportunidad en la prestación del servicio público de transporte en beneficio de toda la ciudadanía.

Destacó que no hubo negligencia que pueda atribuírsele ni en forma presunta -presunción que no es aplicable al caso-, ni mucho menos probada, y consecuentemente, no hubo culpa grave.

3.6.2. Inexistencia de daño patrimonial

Sostuvo que la aplicación del Decreto 356 de 2012 tuvo soporte presupuestal, tanto en el año 2012 como en el 2013, era un gasto público decretado en debida forma, con sustento en la normatividad correspondiente.

Afirmó que no es cierto que se haya causado un daño patrimonial, máxime que el Decreto 356 de 2012 es un acto administrativo cobijado por la presunción de legalidad, que ni siquiera la Contraloría Distrital demandó.

¹¹ Cláusula 43.

¹² Artículo 28.

¹³ Contratos de concesión de recaudo -FET- Acuerdos de Responsabilidad.

Concluyó que es evidente que los actos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación y así debe ser declarado en la sentencia.

4) Trámite

4.1. La admisión y medida cautelar

4.1.1. La demanda junto a la solicitud de medida provisional se presentó el 31 de marzo de 2017 (folios 1 del cuaderno principal y el de medida cautelar).

Con acta individual de reparto del 3 de abril de la misma anualidad (folio 951 del expediente principal).

4.1.2. Se inadmitió mediante providencia del 20 de abril de 2017, para que se allegara la constancia del agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial pues la medida cautelar solicitada no era de carácter patrimonial (folios 952 y 953, ib.).

4.1.3. El anterior auto fue recurrido en reposición por la parte actora, el cual se resolvió con auto del 5 de junio de 2017, en el sentido de no reponer pues se allegó la constancia requerida y, en consecuencia, se admitió la demanda (folios 965 a 972, ib.).

Mediante proveído del 20 de junio del mismo año se corrigió la denominación de la parte demandada (folios 975 a 977, ib.).

4.1.4. El auto admisorio de la demanda y su corrección fue notificado el 5 y el 20 de junio de 2017 en forma personal mediante mensajes dirigidos al buzón electrónico para notificaciones judiciales de la Contraloría Distrital de Bogotá y al Procurador Administrativo Delegado ante esta Corporación (973 y 978, ib.).

4.1.5. Con auto del 20 de junio de 2017 se denegó la solicitud de medida cautelar de urgencia y se ordenó correr traslado, de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 (folios 351 a 355 del cuaderno de la medida cautelar).

Dicha medida se denegó por auto del 21 de julio de 2017 (folios 373 a 418, ib.).

4.1.6. El apoderado del demandante interpuso recurso súplica (folios 420 a 448, ib.), el cual resolvió la Subsección B de la Sección Primera del mismo Tribunal, mediante proveído del 14 de agosto de 2017 con el cual se ordenó adecuar el recurso al de reposición (folios 458 a 461, ib.).

4.1.7. Mediante providencia del 3 de noviembre de 2017, el magistrado sustanciador resolvió el aludido recurso de reposición (folios 467 a 545, ib.), así:

"1º) Reponer la providencia del 21 de julio de 2017, mediante la cual se denegó la solicitud de medida cautelar. En consecuencia, Decrétase, parcialmente, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos..."

4.1.8. El apoderado judicial de la Contraloría Distrital de Bogotá, mediante escrito radicado el 8 de noviembre de 2017, interpuso recurso de apelación con la finalidad de que se revocara la medida cautelar (folios 547 a 568, ib.).

El recurso se concedió con auto del 24 de noviembre de 2017 (folio 581, ib.).

4.1.9. Con auto del 19 de noviembre de 2018, la Sección Primera del Consejo de Estado dejó sin efectos el proveído del 3 de noviembre de 2017, para que dicha decisión se adoptara de acuerdo con los lineamientos de los artículos 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011, pues esta correspondía a las salas de decisión y no a las salas unitarias (folios 11 al 18 anverso, cuaderno apelación 1 - medida cautelar).

4.1.10. A través de auto del 31 de enero de 2019 se repuso la providencia del 21 de julio del 2017, con la que se había denegado la solicitud de medida cautelar (folios 589 a 648, cuaderno medida cautelar) y, en consecuencia, se ordenó lo siguiente:

"II. CONSIDERACIONES.

En obediencia y cumplimiento de lo ordenado por el Consejo de Estado en providencia del 19 de noviembre de 2018 ... por la Sala de Decisión, procede la Sala a decidir sobre la medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de los efectos del Fallo con Responsabilidad ...advirtiéndose desde ya que, en los términos en que ha sido propuesta la medida cautelar, habrá lugar a decretar, parcialmente, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos acusados, en lo que respecta al demandante, señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

mientras se resuelve de fondo el asunto, por ende, a reponer el auto del 21 de julio de 2017, mediante el cual se había denegado la medida cautelar solicitada...

RESUELVE:

1º) ...Decrétase, parcialmente, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos: i) el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 01 del 27 de junio de 2016, ii) el Auto del 27 de octubre de 2016 y iii) la Resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0002/12, en lo que respecta al demandante, señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y mientras se resuelve de fondo el presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º) Oficiese 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 el señor Gustavo Francisco Petro Urrego 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, en los términos y para los efectos de esta providencia.” (subrayado fuera del texto original)

4.1.11. El apoderado judicial de la Contraloría Distrital de Bogotá presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión (folios 650 a 678, ib.),alzada que resolvió la Sección Primera del Consejo de Estado con providencia del 4 de febrero de 2021, al confirmar el auto apelado (folios 4 a 26 anverso, ib.), bajo la siguiente conclusión:

“Así las cosas, el organismo demandado debió ceñirse a las presunciones previstas por el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, pues se insiste, aquellas fueron las señaladas por el Congreso de la República para el juicio de responsabilidad fiscal y, por lo tanto, son de obligatoria observancia en ese trámite administrativo por parte de las entidades que ejercen el control fiscal; en ese sentido, la abierta desatención en el presente asunto por la Contraloría Distrital de Bogotá configuró la violación a los principios del debido proceso y de legalidad que de ningún modo la Sala en esta instancia puede pasar por alto.

Para ello también es pertinente recordar el contenido de los artículos 6 y 121 de la Carta Política...

Colofón de lo señalado, la calificación de la conducta del actor a título de culpa grave en los actos administrativos acusados, apoyándose para ello en la presunción prevista por el artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001, contravino de manera palmaria los artículos 29 de la Constitución Política, 66 de la Ley 610 de 2000 y 118 de la Ley 1474 de 2011, invocados en la solicitud de medida cautelar, así como los artículos 6 y 121 Superior; por lo que deberá confirmarse la suspensión provisional de aquellos conforme con lo

ordenado por el a quo en la providencia que profirió el 31 de enero de 2019.”

4.2. Contestación de la demanda de la Contraloría Distrital de Bogotá

Con memorial radicado el 19 de septiembre de 2017 (folios 996 a 1133, del cuaderno principal), la citada entidad dio respuesta a la demanda en los siguientes términos:

Solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda al considerar que los motivos determinantes de los actos demandados se encuentran probados, no solo por su existencia material –con la expedición del Decreto 356 de 2012, que redujo las tarifas del Sistema de Transmilenio del SITP para los usuarios-, sino por su configuración jurídica, en la medida que tal decisión gubernamental creó una situación jurídica que produjo efectos negativos en el patrimonio público de Bogotá D. C., toda vez que vulneró la auto-sostenibilidad del sistema, pues aumentó el déficit presupuestal por el incremento diferencial entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario.

Indicó que conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 existe certeza del daño patrimonial causado a las finanzas de Bogotá D. C., en cuantía de \$187.538.982.740, derivado de la expedición del aludido decreto por parte del demandante, lo cual se fundamenta en una presunción de culpa grave por violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho: numeral 1° del artículo 6° de la Ley 678 de 2001, aplicable por remisión del artículo 66 de la ley 610 de 2000 y artículo 142 de la Ley 1437 de 2011.

Manifestó que en la citada decisión gubernamental -Decreto 356 de 2012- existe una relación de causa efecto, en la forma como se probó en el proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12.

En relación con los hechos de la demanda, se advierte que la entidad demandada consideró lo siguiente:

- a) Aceptó como ciertos: 3°, 10, 11, 12, 15, 17 y 18.
- b) Refirió como parcialmente ciertos: 1°, 5°, 7°, 13 y 14.
- c) Señaló que se prueben: 2° y 6°.
- d) Mencionó que no son ciertos: 4°, 8°, 9° y 16.

4.3. Audiencia inicial y de pruebas

4.3.1. Mediante auto del 30 de noviembre de 2017 se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial, para el 14 de marzo de 2018 (folio 1137, cuaderno principal).

4.3.2. La aludida diligencia se llevó a cabo en la fecha antes indicada, en los términos dispuestos en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se decidió sobre el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación por falta de ánimo conciliatorio y se decretaron pruebas.

En lo particular, se precisa que el problema jurídico se determinó en dicha audiencia inicial de la siguiente manera:

*"El problema jurídico dentro de la presente acción se contrae a determinar si con la expedición de los actos administrativos contenidos en el Fallo de Responsabilidad Fiscal No. 01 del 27 de junio de 2016, el Auto del 27 de octubre de 2016 y la Resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0002/12, la Contraloría de Bogotá incurrió en violación de los artículos 6, 29, 93, 121, 124, 237, 238 y 268 de la Constitución Política; 3 y 104 de la Ley 1437 de 2011; 2, 3, 5 y 66 de la ley 610 de 2000; 118 y 125 de la Ley 1474 de 2011; 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 6° de la Ley 43 de 1990; 1° del Decreto 2649 de 1993; y 11 del Decreto Ley 111 de 1996, al haberse presentado: **i)** 'violación a normas superiores por violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', aprobado por la Ley 16 de 1972 y de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política'; **ii)** 'violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción al derecho de defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3° del CPACA, los artículos 2 y 66 de la Ley 610 de 2000 y los artículos 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011'; **iii)** 'violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción a los artículos 6°, 121, 237 y 238 de la Constitución Política, del artículo 104 del CPACA y del artículo 5 de la Ley 610 de 2000 y del artículo 125 de la Ley 1474 de 2011; **iv)** 'violación del artículo 3° de la Ley 610 de 2000 por cuanto la adopción de políticas públicas no es gestión fiscal ni pueden convertirse en daño patrimonial – ausencia de calidad de gestor fiscal de quien adopta una política pública'; **v)** 'falsa motivación'; y **vi)** 'inexistencia de los elementos de la responsabilidad'." (negritas dentro del texto original)*

4.3.3. En la fecha señalada, 1 de agosto de 2018, se surtió la precitada diligencia en la que se recaudaron las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas en la audiencia inicial (folios 1165 a 1170, ib.).

A su vez, se indicó que en aplicación al inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto sobre la controversia.

5) Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

El actor presentó sus alegaciones finales, para lo cual solicitó que se accedan a sus pretensiones de la demanda, luego de reiterar las causales de nulidad, así como los respectivos cargos que las sustentaron (folios 1196 a 1222, cuaderno principal).

Adujo que no es cierto que se haya causado un daño patrimonial, pues por el contrario, el Decreto 356 de 2012 estaba dirigido al cumplimiento de los fines del Estado.

5.2. Parte demandada

La entidad cuestionada alegó de conclusión al reiterar su defensa y considerar que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones demandadas (folios 1223 a 1237, ib.).

Resaltó que en forma alguna se demostró que con la expedición de los actos administrativos acusados se haya incurrido en la violación de las normas superiores o en la vulneración de normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad y menos en la transgresión del debido proceso y del derecho de defensa del demandante o en cualquier otro vicio que afecte la legalidad de los mismos.

6) Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público ante esta Corporación emitió concepto en los siguientes términos:

6.1. Sostuvo que el cargo relativo a la violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 6, 40.1, 85 y 121 superiores no estaba llamado a prosperar puesto que el fin resarcitorio del juicio de responsabilidad fiscal no contraviene tales mandatos.

6.2. Agregó que el cargo relacionado con la violación del derecho de defensa y al debido proceso del artículo 29 constitucional, en concordancia con el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, los artículos 2° y 66 de la Ley 610 de 2000, así como 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011 sí estaba llamado a prosperar.

Lo anterior, por cuanto está demostrada la violación de las normas en que deberían fundarse la responsabilidad fiscal, al integrar de manera ilegal las presunciones de culpa grave del artículo 6° de la Ley 678 de 2001 (acción de repetición) a un juicio fiscal en el cual el legislador estableció sus propias presunciones de culpa grave en la Ley 1474 de 2011 (artículo 118).

Añadió que:

i) La Ley 610 de 2000 no contempló la remisión a normas relacionadas con la acción de repetición. Por tanto, no se presenta una libertad de fuentes a las cuales pueda acudir el ente de control sino que debe ceñirse a la remisión legal: primero a la Ley 1437 de 2011, segundo a la Ley 1564 de 2012 y tercero a la ley 906 de 2004. Por lo que, resulta lesivo acudir caprichosamente a la Ley 678 de 2001.

ii) La responsabilidad fiscal es diversa a la responsabilidad civil patrimonial de que trata la ley 678 de 2001. Por tanto, se equivocó la demandada al predicar una aplicación por vía de analogía.

iii) Las presunciones de culpa grave y dolo tienen el fin de invertir la carga de la prueba en el curso del juicio fiscal. Se utilizó la analogía en *malam partem* para desconocer el principio de carga de la prueba de la Ley 610 de 2000. Consideró que está demostrado que el ente de control acudió abusivamente a dicha presunción para formular la imputación.

6.3. Mencionó que el cargo atinente a la violación de las normas en que debería fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción de los artículos 6°, 121, 237 y 238 de la Constitución Política y otros relacionados con la falta de competencia, inobservancia del deber de inicio de acciones judiciales y violación al debido proceso también estaba destinado a prosperar.

Sostuvo que al señalar el ente de control que era aplicable la presunción de culpa grave prevista en el numeral 1° del artículo 6° de la ley 678 de 2001 – violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho-, el demandado hizo un juicio de legalidad del Decreto 356 de 2012 sin tener competencia para ello.

Resaltó que para señalar que las normas de derecho fueron violadas de manera manifiesta e inexcusable, forzosamente hay que efectuar un juicio de legalidad.

Mencionó que no en vano las presunciones de la Ley 678 de 2001 son presunciones que se aplican precisamente en los procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativo, porque en tales escenarios el juez está autorizado para hacer el juicio de derecho al acto administrativo acusado sobre el cual se construye la presunción legal de culpa grave.

Acotó que ni siquiera el ente demandado podía apoyarse en una excepción de ilegalidad de la norma pues tal prerrogativa también está reservada solamente a los jueces administrativos, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C – 037 de 2000.

Agregó que la Contraloría demandada no solo acudió a una analogía en *malam partem*, para aplicar la presunción de culpa grave, sino que usurpó funciones judiciales para crear artificialmente las bases de tal presunción, en lugar de haber acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la nulidad del acto administrativo que, a su juicio, estaba viciado.

6.4. Frente al cargo por violación del artículo 3° de la Ley 610 de 2000 por cuanto la adopción de políticas públicas no es gestión fiscal ni puede convertirse en daño patrimonial, señaló que no estaba llamado a prosperar.

Precisó, luego de una referencia jurisprudencial a la sentencia del 26 de agosto de 2004 de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁴ que, la concreción de una política pública sobre transporte público de pasajeros por parte del Alcalde Mayor de Bogotá para establecer unas directrices en particular – con el Decreto 356 de 2012- implicaban la toma de decisiones financieras respecto del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET), lo cual involucra al demandante dentro de los gestores fiscales susceptibles de control.

¹⁴ Expediente 05001-23-31-000-1997-2093-01.

Advirtió que la demanda confunde la “política pública” con los instrumentos jurídicos para implementarla, en este caso, el decreto 356 de 2012.

Destacó que por la política pública en general mal puede llamarse a responsabilidad al actor, como ya tuvo oportunidad de pronunciarse la Procuraduría General de la Nación en sede disciplinaria, empero sí podría eventualmente responder por las decisiones de gestión fiscal que se adoptaron para cumplir con esa política pública, que es un asunto totalmente distinto.

6.5. En cuanto al cargo por falsa motivación, el agente del Ministerio Público expuso que si bien los cargos tuvieron como fundamento el dictamen de parte aportado, en el cual se hizo un estudio sobre la tarifa y su regulación en el Decreto 356 de 2012, los mismos están estrechamente ligados con el estudio improcedente de legalidad adelantado por la Contraloría demandada.

Indicó que a partir de tal estudio improcedente, la aludida entidad creó el fundamento espurio de la aplicación por analogía de la presunción de culpa grave de la Ley 678 de 2001 contra el Alcalde Mayor de Bogotá.

Por lo anterior, consideró innecesario ahondar en tal discusión cuando resulta más que evidente el abuso de poder con el que actuó el ente demandado.

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)** objeto de la controversia, **2)** los actos administrativos demandados y el análisis de los cargos de nulidad, **3)** efectos de la sentencia, **4)** restablecimiento del derecho y, **5)** condena en costas.

1) Objeto de la controversia

La parte actora pretende la declaración de nulidad del fallo con responsabilidad fiscal contenido del fallo con responsabilidad fiscal 01 del 27 de junio de 2016, el auto del 27 de octubre de 2016 y la

resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12, por considerar que éstos le están causando un agravio injustificado y le limitan el ejercicio de sus derechos políticos.

Por lo que, el demandante adujo como cargos o cuestionamientos de ilegalidad los siguientes:

i) Violación a normas superiores por violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", aprobado por la Ley 16 de 1972 y de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

ii) Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción al derecho de defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, los artículos 2° y 66 de la Ley 610 de 2000 y los artículos 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011.

iii) Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción a los artículos 6°, 121, 237 y 238 de la Constitución Política, del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y del artículo 5° de la Ley 610 de 2000 y del artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

iv) Violación del artículo 3° de la Ley 610 de 2000 por cuanto la adopción de políticas públicas no es gestión fiscal ni pueden convertirse en daño patrimonial – ausencia de calidad de gestor fiscal de quien adopta una política pública.

v) Falsa motivación.

vi) Inexistencia de los elementos de la responsabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, la parte demandante a título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

a) Se deje sin efecto la condena impuesta de pagar, en forma solidaria, la suma de doscientos diecisiete mil doscientos cuatro millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos ochenta y nueve pesos moneda corriente (\$217.204.847.989.).

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

b) Se deje sin efecto la inclusión del señor Gustavo Francisco Petro Urrego 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.

c) Se condene al pago de costas y agencias en derecho a la Contraloría Distrital de Bogotá.

De manera que, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si con la expedición de los actos administrativos demandados la Contraloría Distrital de Bogotá incurrió en violación de los artículos 6º, 29, 93, 121, 124, 237, 238 y 268 de la Constitución Política; 3º y 104 de la Ley 1437 de 2011; 2º, 3º, 5º y 66 de la Ley 610 de 2000; 118 y 125 de la Ley 1474 de 2011; 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 6º de la Ley 43 de 1990; 1º del Decreto 2649 de 1993; y 11 del Decreto Ley 111 de 1996, al configurarse los cargos de nulidad planteados por el demandante.

2. De los actos acusados y del análisis de los cargos de nulidad

2.1. De los actos acusados

A través del **fallo 01 del 27 de junio de 2016**, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Bogotá decidió con responsabilidad fiscal el proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12, contra, entre otras personas, el aquí demandante señor Gustavo Francisco Petro Urrego¹⁵, en los siguientes términos:

"...

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0002/12, adelantado en la Secretaría Distrital de Hacienda, Secretaría Distrital de Planeación, Secretaría Distrital de Movilidad, Alcaldía Mayor de Bogotá y Transmilenio S.A., en forma solidaria en contra de los señores GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, identificado con C.C. N° 208.079, Alcalde Mayor de Bogotá D.C., y RICARDO BONILLA GONZÁLEZ, identificado con C.C. N° 19.103.063, Secretario Distrital de Hacienda, en cuantía de DOSCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE

¹⁵ Folios 80 a 257 cuaderno principal 1.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS \$217.204.847.989, 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. 170000-0002/12, adelantado en la Secretaría Distrital de Hacienda, Secretaría Distrital de Planeación, Secretaría Distrital de Movilidad, Alcaldía Mayor de Bogotá y Transmilenio S.A., en forma solidaria en contra de la señora ANA LUISA FLECHAS CAMACHO, identificada con C.C. N° 40.014.329, Secretaria Distrital de Movilidad, en cuantía de SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$75.666.446.750) Moneda Legal, de la cuantía total del detrimento patrimonial de \$217.204.847.989), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170000-0002/12, adelantado en la Secretaría Distrital de Hacienda, Secretaría Distrital de Planeación, Secretaría Distrital de Movilidad, Alcaldía Mayor de Bogotá y Transmilenio S.A., en forma solidaria en contra del señor LIBARDO YANOD MÁRQUEZ ALDANA, identificado con C.C. N° 17.307.559, Subgerente Económico de Transmilenio, en cuantía de CIENTO VEINTI NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE Y TRES PESOS (\$129.528.338.323) Moneda legal, de la cuantía total del detrimento de (\$217.204.847.989), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

...

ARTÍCULO NOVENO: Fijar el término de diez días (10) 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 DÉCIMO: No levantar las medidas cautelares de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Fallo.

...

ARTÍCULO DOCE: 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 Reacción Inmediata y a la Dirección Sectorial de Movilidad de esta Entidad y al Representante Legal – Alcaldía Mayor de Bogotá.

*Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia*

Diligenciar los formatos con destino a la Contraloría General de la República, para la inclusión en el boletín de responsables y la Procuraduría General de la Nación, para el registro de inhabilidades.

Transcurrido 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.

Archivar físicamente el expediente, una vez enviadas las copias ordenadas."

El aludido acto fue confirmado a través del **auto del 27 de octubre de 2016**, por medio del cual se decidieron los recursos de reposición presentados contra el mismo¹⁶, en el que se decidió:

"Artículo Primero. CONFIRMAR, el Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 01 de 27 de junio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia..."

Finalmente, mediante **resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016**, se decidieron los recursos de apelación interpuestos contra el mismo¹⁷, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR en todas sus partes, el Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 01 de 27 de junio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia..."

La **constancia de ejecutoria** suscrita por el secretario común de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría demandada señaló que la resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016 quedó debidamente ejecutoriada el 2 de diciembre de 2016, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley 610 de 2000 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁸.

2.2. Análisis de los cargos de nulidad

De conformidad con lo expuesto, a continuación la Sala estudiará 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 y bajo el principio de la sana crítica, así:

¹⁶ Folios 258 a 314 cuaderno principal 1.

¹⁷ Folios 315 a 364 cuaderno principal 1.

¹⁸ Folio 365 del cuaderno principal 1.

2.2.1. PRIMER CARGO: Violación a normas superiores por violación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", aprobado por la Ley 16 de 1972 y de los artículos 6° y 121 de la Constitución Política.

Al respecto, la entidad demandada en su defensa sostuvo que es competente para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, dada la calidad del demandante para el momento de los hechos, procedimiento que es resarcitorio y no sancionatorio, y que cuestión distinta es que el legislador haya consagrado unas consecuencias derivadas de la declaratoria de responsabilidad fiscal.

Para resolver, se precisa que, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), consagra los derechos políticos en los siguientes términos¹⁹:

"Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.*
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal."

Por su parte, los artículos 6° y 121 de la Constitución Política, en su orden contemplan:

"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.

...

¹⁹ Norma consultada en el vínculo electrónico https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

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

Para sustentar dicho cargo, el demandante sostuvo que la Contraloría Distrital carece de competencia para restringir sus derechos políticos a ser elegido, pues no es la autoridad judicial ni se adoptó una decisión en el marco de un proceso penal, tal y como lo ordena el artículo 23 CADH en su numeral 2º; convenio que de conformidad con el artículo 93 superior, prevalece en el orden interno porque forma parte del denominado "bloque de constitucionalidad".

Por tanto, para el accionante la entidad demandada no podía imponer una inhabilidad para el ejercicio de sus derechos políticos a ser elegido pues ello solo procede por decisión de un juez penal y no por efectos de una decisión de autoridad administrativa.

Así, se precisa que en virtud de lo establecido en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 "*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*"²⁰, a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida deberán ser incluidos en el boletín de responsables fiscales.

A su vez, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 "*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*"²¹ contempla que la declaratoria de responsabilidad fiscal, por las causales descritas, entre ellas la "4. [h]aber sido declarado responsable fiscalmente", conlleva la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con

²⁰ "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.

²¹ "ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

...
 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.
 PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.
 Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos.
 ..."

el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente.

Asimismo, la precitada norma prevé que si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por:

- a) Cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- b) por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- c) por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y
- d) por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para el caso concreto, se observa que en el inciso 4º del artículo 12 del fallo con responsabilidad fiscal 01 del 27 de junio de 2016, se dispuso que, la Secretaría Común de la Contraloría, una vez ejecutoriado el fallo, debía “[d]iligenciar los formatos con destino a la Contraloría General de la República, para la inclusión en el boletín de responsables y la Procuraduría General de la Nación, para el registro de inhabilidades”.

De igual manera, se advierte que en el certificado de antecedentes 93412292 del 30 de marzo de 2017²², con ocasión de las decisiones administrativas del 27 de junio, 29 de noviembre y 27 de octubre de 2016 –fechas que resultan coincidentes con la de los actos acusados, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002²³, presenta las siguientes inhabilidades:

- i) Para contratar con el Estado del 2 de diciembre de 2016 al 1º de diciembre de 2021.
- ii) Para desempeñar cargos públicos durante el mismo período (parágrafo).

²² Folio 716 del cuaderno principal 2.

²³ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”

Así las cosas, se precisa que la inhabilidad para quien ha sido declarado responsable fiscalmente contenida en el numeral 4º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, derivada de un proceso de responsabilidad fiscal, obedece a la potestad de configuración normativa del legislador, que puede limitar el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas, en procura de proteger la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-101 de 2018²⁴, recordó que la medida restrictiva contemplada en el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 obedeció a tal facultad de configuración normativa, la cual consideró es proporcional y razonable en atención a que:

- i) Persigue objetivos constitucionalmente válidos como son la garantía del interés general, la observancia de los principios que orientan la función pública, en especial la moralidad y la transparencia, es un instrumento para acreditar la confianza necesaria para la gestión de los bienes colectivos y de lucha contra la corrupción como medida de protección del patrimonio público; y
- ii) el medio utilizado es adecuado para tal fin y no se encuentra prohibido por el texto superior o por el bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, el Alto Tribunal Constitucional en el mencionado pronunciamiento destacó que la concreción del artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos debe realizarse con base en un ejercicio hermenéutico que considere el margen de apreciación de los Estados Parte y que además, consulte el carácter dinámico, cambiante y evolutivo de las regulaciones nacionales, mediante las cuales se concretan y hacen efectivo el acceso a los cargos públicos.

Es decir, para la citada Corte, el bloque de constitucionalidad exige que tanto la Carta como la Convención sean interpretadas en clave

²⁴ En la cual se resolvió: "PRIMERO: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-651 de 2006 que declaró EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por los cargos por desconocimiento de los artículos 1º, 2º, 40.7 de la Carta y 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. SEGUNDO: DECLARAR EXEQUIBLES el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 por los cargos de vulneración de los artículos 1º, 2º, 40.7, 93, 94, 179, 197 y 293 de la Carta y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, DECLARAR EXEQUIBLE el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por los cargos por desconocimiento de los artículos 179, 197 y 293 de la Constitución."

de las lógicas evolutivas de los contextos constitucionales locales, del margen de apreciación nacional y de las necesidades cambiantes de las sociedades, por lo que un entendimiento literal, aislado y estático no es suficiente para determinar su alcance.

De manera que, se observa que la previsión del numeral 2° del artículo 23 de la CADH tiene dos componentes a saber:

1) Los derechos políticos que enlistó en su numeral primero, como el de la participación política, el de votar y ser elegido, de tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad y,

2) la pauta que estableció en su numeral 2° cuando prescribió que “la ley puede reglamentar” tales garantías exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Es decir, la norma convencional en su segundo numeral dictó un lineamiento, mas no una obligación, al establecer en el legislador del Estado Parte una facultad de reglamentar con el verbo rector “podrá”, en procura de no desconocer el margen de configuración legislativa.

En ese orden, debe entenderse que el citado artículo 23 convencional estipuló un derrotero para que en el ordenamiento interno se reglamentara el ejercicio de los derechos y oportunidades políticas descritas en el numeral primero *ibidem*.

Por tanto, tal enunciado normativo no dispuso una limitación a la facultad punitiva del estado en cuanto a las declaratorias de responsabilidad fiscal, sino que reconoció tal facultad punitiva del Estado a través de la reglamentación que podía efectuarse por la Ley.

De igual manera, se advierte que el artículo 23 de la CADH no restringió tal facultad de reglamentación del ejercicio de los derechos y oportunidades solo a la que se deriva de la condena, por juez competente, en proceso penal, pues de manera previa consideró que tal potestad también podía generarse en razón de otros elementos como la edad, la nacionalidad, la residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental.

Así, se precisa que la naturaleza del procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal es resarcitoria, en tanto persigue la indemnización por el detrimento patrimonial del Estado causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, la cual consiste en una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o penal que pueda corresponder por los mismos hechos.

Para el caso en particular, podría entenderse que, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal del demandante por parte de la Contraloría demandada no desconoce el referido artículo 23 convencional, en tanto que, las restricciones de los derechos políticos no pueden limitarse a una condena judicial penal, ni mucho menos a otros factores como la edad, la nacionalidad y demás aspectos descritos en la norma convencional.

Ello, puesto que dicha norma no contempla una prohibición expresa a los Estados Partes para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos.

En tal sentido, en el ordenamiento interno colombiano se encuentra que las limitaciones a los derechos y oportunidades políticas también pueden derivarse de decisiones administrativas, como en efecto ocurre con la inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en consonancia con el parágrafo 1° *ibidem*.

En consonancia con tal criterio, la Corte Constitucional en sentencia SU 712 de 2013 consideró lo siguiente:

"Sin embargo, ese propio Tribunal recordó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones conforme a las garantías del debido proceso. Y a continuación reconoció expresamente que 'las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas'²⁵, de manera que lo que se exige es que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes'²⁶.

²⁵ Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106, y Caso *Vélez Loo Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 170.

²⁶ "110.- Sin perjuicio de lo anteriormente señalado respecto al derecho a ser elegido, el Tribunal procede a analizar la controversia entre las partes respecto a la alegada violación de diversas garantías en los procesos administrativos que se llevaron a cabo tanto para la imposición de la multa como para la inhabilitación para ser candidato.

...

En todo caso, aun cuando la Convención Americana alude a la 'condena, por juez competente, en proceso penal', debe destacarse que la propia Corte también reconoce la posibilidad de que se adopten sanciones administrativas y disciplinarias, las cuales son 'como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas', siempre y cuando se hayan respetado las garantías del debido proceso.

...

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

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

Por lo que, la Corte Constitucional para el año 2012 fijó la mencionada postura que propugnaba porque la aplicación de la Convención Americana tuviera en cuenta la "arquitectura institucional de cada Estado"; de manera que, pese a que dicho instrumento internacional aludiera a la "condena, por juez competente, en proceso penal", también se reconociera la posibilidad restringir el ejercicio de derechos políticos con ocasión de sanciones administrativas y disciplinarias bajo la potestad punitiva del Estado.

No obstante, esa tesis de aplicación armónica de los parámetros convencionales y el ordenamiento interno en lo que respecta al estado Colombiano en cuanto a las limitaciones de tales garantías

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

derivadas de sanciones administrativas y disciplinarias, fue objeto de pronunciamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente por la demanda que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego promovió con ocasión 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.

Por tanto, la Sala considera necesario acotar en las consideraciones de la sentencia del 8 de julio de 2020, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Caso Petro Urrego vs. Colombia*"²⁷, especialmente en lo relacionado con el trámite del procedimiento de responsabilidad fiscal, la anotación correlativa de los sancionados en el boletín de responsables fiscales (artículo 60 de la Ley 610 de 2000) y su efecto práctico de restringir derechos políticos, así:

*"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*

²⁷ Con esta decisión 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, por los motivos que en síntesis se exponen:

- 1) La Corte encontró que los derechos políticos del señor Petro se afectaron 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.
- 2) Estableció que la vigencia de las normas que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios democráticamente electos –como fue el caso del señor Petro– 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 son 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.
- 3) Determinó que, en el proceso disciplinario seguido en contra del señor Petro, se violó el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad, el principio de presunción de inocencia y el derecho a la defensa.
- 4) Concluyó que dicha sentencia constituía por sí misma una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado la adopción de medidas de reparación adicionales.

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.” (negritas fuera del texto original)

Adicionalmente, resulta necesario precisar que mediante Resolución del 25 de noviembre de 2021, la mencionada Corte Interamericana, en la supervisión del cumplimiento del aludido fallo, recordó la necesidad del estado Colombiano de adecuar las "normas que prevén sanciones impuestas por la Contraloría a funcionarios públicos democráticamente electos, que pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos", en tanto que son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y constituyen una violación a los derechos políticos.

Al respecto, se observa que en dicho documento se señaló lo siguiente:

"28. La Corte observa que el Estado no ha presentado información sobre acciones que estén dirigidas directamente a corregir la restricción de derechos políticos de funcionarios públicos de elección popular que plantean el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único en forma contraria al artículo 23.2 de la Convención Americana, al permitir el efecto práctico de inhabilitar a esos funcionarios por ser declarada su responsabilidad fiscal por la Contraloría General de la República (supra Considerando 8.ii).

29. La información aportada por Colombia está enfocada en explicar cómo a través de un nuevo '**control automático e integral de legalidad**' de los fallos de responsabilidad fiscal que emita la Contraloría, realizado por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, se cumpliría con la adecuación normativa ordenada en la Sentencia, 'ya [que] no serían el fallo de responsabilidad fiscal y su inclusión en el boletín, los actos que tengan el efecto práctico que dispone la [l]ey, de inhabilitar a una persona para el ejercicio de cargos públicos de elección popular, sino la decisión del juez contencioso administrativo'. Tal tipo de control, aunque se encontraría vigente en términos normativos, no se estaría aplicando actualmente ya que, según lo informado por el Estado, la Sala Plena de lo Contencioso

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

*Administrativo emitió una decisión en la cual consideró que este control resulta inconstitucional (supra nota al pie 31). **En todo caso, aun con esa reforma, este Tribunal considera que el Estado no está adaptando su normativa a lo previsto en la Convención Americana y la Sentencia en cuanto a que cualquier sanción que implique la inhabilitación de funcionarios públicos de elección popular tiene que ser impuesta por sentencia del juez competente en el correspondiente proceso penal** (supra Considerandos 20 y 27). **Por consiguiente, la referida adecuación normativa contin[ú]a pendiente de cumplimiento y se solicita a Colombia que en su siguiente informe presente información al respecto.**" (negritas fuera del texto original)*

Pues bien, en el ordenamiento interno colombiano, tal control automático e integral de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal fue incluido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, que adicionó el artículo 136A, el cual contemplaba:

"ARTÍCULO 136A. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando sean expedidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales.

Para el efecto, el fallo con responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, serán remitidos en su integridad a la secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo." (negrilla fuera del texto original)

En relación con la mencionada regulación, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia de 28 de junio de 2021, expediente 11001031500020210117500, M.P. William Hernández Gómez, se confirmaron los autos del 28 de abril y del 13 de mayo de 2021 por medio de los cuales se inaplicaron los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, y no avocó el conocimiento del control inmediato de legalidad del fallo de responsabilidad fiscal del 18 de diciembre de 2020, proferido dentro del proceso 2015-00889 por la Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, Unidad de Responsabilidad Fiscal, Dirección de Investigaciones 3.

En ese pronunciamiento se indicó que las normas inaplicadas eran incompatibles con los artículos 13, 29, 228 y 238 de la

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

Constitución, los artículos 2, 8.1, 23.2, 24 y 25.1 de la CADH y la sentencia de la Corte IDH del caso Petro Urrego vs Colombia del 8 de julio de 2020²⁸.

Finalmente, la Corte Constitucional mediante sentencia C – 091 de 2022, según el Comunicado de Prensa de 9 y 10 de marzo de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, se resolvió lo siguiente:

"Primero. Declarar INEXEQUIBLES los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 'Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción'.

Segundo. OTORGAR EFECTOS RETROACTIVOS a la presente sentencia a partir de la fecha de promulgación de la Ley 2080 de 2021 (25 de enero de 2021). En consecuencia..."

Por lo que, en la actualidad la norma que contemplaba el mencionado control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal desapareció del ordenamiento jurídico colombiano.

Con todo, es del caso resaltar que la finalidad de la decisión de la Corte Interamericana consistió en que el estado Colombiano adaptara su normativa a lo previsto en la Convención Americana y la sentencia en cuanto a que cualquier sanción que implique la inhabilitación de funcionarios públicos de elección popular tiene que ser impuesta por sentencia del juez competente en el correspondiente proceso penal.

De manera que, si bien el mencionado organismo internacional no deslegitimó la potestad punitiva del estado para sancionar administrativamente y disciplinariamente, lo que sí reprochó, en cuanto a las facultades de la Contraloría, fue el efecto práctico de restringir derechos políticos como consecuencia de la sanción impuesta²⁹.

²⁸ En este mismo sentido, pueden consultarse los siguientes autos: Providencia de 8 de junio de 2021, expediente 11001031500020210230500, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; providencia de 28 de junio de 2021, expediente 11001031500020210376000, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; providencia de 23 de abril de 2021, expediente 11001031500020200106400, M.P. Rocío Araujo Oñate.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Fallo del 8 de julio de 2020: "114... 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."

Así, se encuentra que, bajo las previsiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el aludido fallo del 8 de julio de 2020, que derivan del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la reglamentación interna para el ejercicio de los derechos y oportunidades políticas, debe efectuarse, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Así las cosas, la Contraloría Distrital de Bogotá sí cuenta con la competencia administrativa para dictar los actos acusados, en tanto que tal poder punitivo estatal respecto de la declaratoria de responsabilidad fiscal deriva de la atribución directa que le otorga la Constitución y la Ley a dicha entidad.

Cuestión distinta es que, la regulación interna contemple, por vía de autoridad administrativa que imponga una sanción por responsabilidad fiscal, el efecto práctico de la inhabilidad de derechos políticos como el ejercicio de cargos públicos (entre ellos, los de elección popular) y para contratar con el Estado, pues se opone a los parámetros convencionales en materia de derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; adecuación normativa que requirió la Corte Interamericana del estado Colombiano.

Por lo que, la Sala tampoco encuentra fundado el cargo en cuanto a la violación de los artículos 6º y 121 de la Constitución Política³⁰, puesto que la Contraloría demandada, como autoridad administrativa, está facultada para adelantar los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal con fundamento en lo señalado en los artículos 268 (numeral 5º)³¹ y 272³² constitucionales, la Ley 610 de 2000³³ y demás normas concordantes³⁴.

³⁰ 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.

³¹ El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: ...5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

³² "La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

...

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley."

³³ Artículo 1º. 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

Asimismo, se concluye que el demandante no puede derivar que la Contraloría infringió el mandato del artículo 6° y del 121 constitucional, en tanto que, la potestad de la aludida entidad se materializó con la responsabilidad fiscal que declaró en virtud de la atribución constitucional y legal de sus competencias.

Por tanto, para la Sala las decisiones demandadas no vulneran los mandatos superiores en mención, puesto que la Contraloría demandada no transgredió la Constitución y las leyes, tampoco incurrió en una omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, ni ejerció funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

En consecuencia, este cargo no prospera, pues su sustento no logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae en los actos administrativos demandados.

2.2. SEGUNDO CARGO: Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción al derecho de defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, los artículos 2° y 66 de la Ley 610 de 2000 y los artículos 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011.

La entidad demandada indicó en su defensa que la presunción por culpa grave en que incurrió el demandante se encuentra consagrada en el numeral 1° del artículo 6° de la Ley 678 de 2001, referido al medio de control de repetición previsto en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, aplicable por remisión de los artículos 66 de la Ley 610 de 2000 y 105 de la Ley 1474 de 2011, pues consideró que las disposiciones relativas al elemento subjetivo de responsabilidad patrimonial –culpa grave– son compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

En lo particular, se observa que en el **fallo 01 del 27 de junio de 2016**, se estableció como criterio de imputación frente al daño patrimonial, que la actuación y/o conducta del demandante fue a título de culpa grave, de la siguiente manera:

servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado

³⁴ Como la Ley 474 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

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

"Este Despacho realiza análisis sobre la conducta y el nexo causal, de cada uno de los implicados.

Mediante Auto No. 01 de fecha 14 de abril de 2014, obrante a folios 2139 a 2227 se Imputó Responsabilidad Fiscal a los siguientes vinculados:

Es de señalar en primer lugar, que en el Auto de Imputación, quedaron establecidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que dieron origen al detrimento patrimonial causado al Distrito Capital, al punto que este Despacho encuentra pertinente reseñar lo siguiente respecto a los imputados:

GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO...en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., por considerar entre otras cosas:

Que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se establece que el Alcalde Mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, al expedir el Decreto 356 de 2012, implementó un sistema tarifario que rebajó la tarifa final al usuario, con respecto a la tarifa técnica, con esta medida dio lugar a la reducción de los ingresos en el Sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público "SITP", en contravía de los estudios técnicos y económicos elaborados por Transmilenio, en Julio de 2012 (folio 132) Diciembre de 2011 (folio 153) y Actas Reunión CONFIS diciembre 23 de 2009 (folio 116). De igual manera se apartó del marco regulatorio (Constitución Nacional, Decreto 309 de 2009, Decreto 831 de 1999, Plan Desarrollo Bogotá Humana) y, no cumplió con los principios básicos del marco económico de los contratos de concesión, al disminuir la tarifa que se venía aplicando en forma general, sin tener en cuenta la sostenibilidad y costeabilidad del sistema y a pesar que Transmilenio advirtió que la adopción de esta medida impactaría negativamente los ingresos totales proyectados del Sistema; que la simulación financiera no arrojaba resultados positivos debido a que no se aumentaban los ingresos del Sistema de tal forma que se cubrieran, por lo menos, los costos variables adicionales de los operadores, por lo cual se requirió subsidiar con recursos del Distrito Capital la implementación de dicha medida, en cuantía de \$187.538.982.740.00, por el período comprendido entre agosto 1 de 2012 y 30 de octubre de 2013, cuantía que es considerada como daño fiscal.

En el mismo sentido se señaló en el Auto de Imputación, que se evidencia con certeza que los recursos públicos asignados por la administración Distrital del Alcalde Mayor Gustavo Francisco Petro Urrego, constituye un subsidio generalizado a la tarifa, en contravía de los preceptos constitucionales y legales, los cuales prohíben de manera expresa el otorgamiento de los mismos, tal como lo determina el artículo 355 Constitucional así: "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado"...lo que permite concluir que la Administración Distrital no puede, mediante Decreto, establecer subsidios generalizados a los usuarios del Sistema Masivo de Transporte Público de la Ciudad.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

Para el caso particular y concreto de la cuenta 5 (Gastos) 55 (Gasto Público Social) 5550 (Subsidios asignados) corresponde o representa el valor causa por concepto de recursos otorgados a personas de menores ingresos, y es de señalar que en el caso en estudio, se subsidió en forma general, sin identificar el grupo poblacional específico favorecido con la medida adoptada a través del Decreto 356 de 2012.

Por lo expresado, le fue imputada una conducta gravemente culposa estableciendo un nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el señor Alcalde Mayor y el daño patrimonial a las arcas del Distrito Capital, teniendo en cuenta que con la expedición del Decreto Distrital 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital, siendo considerado como responsable solidario en cuantía total de \$187.538.982.740.00., en el período comprendido entre agosto 1 de 2012 y 30 de octubre de 2013, procediéndose a imputarle responsabilidad fiscal.

...” (subrayado fuera del texto original)

En lo atinente al daño patrimonial, en el fallo demandado se indicó:

“... para establecer el daño patrimonial que nos ocupa, se realizaron una serie de estudios técnicos, se practicaron pruebas, se realizaron visitas especiales, se analizaron las normas que rigen el sistema tarifario, los contratos de concesión, el presupuesto de la Secretaría de Hacienda, entre otras pruebas, para llegar a la certeza del daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, fue el resultado de un análisis y de un estudio de la normatividad que lo rige.

Está demostrado que el señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., para la época de los hechos expidió el Decreto 356 de julio de 2012; dada la competencia prevista en el Decreto 309 de 2009, que establece que es la máxima autoridad competente en materia de tránsito y transporte del Distrito Capital, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 769 [d]e 2002 y el artículo 10 del Decreto nacional 170 de 2001.

El señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., Gustavo Petro, para establecer la tarifa de Transmilenio y del SITP, debió tener en cuenta el marco regulatorio que lo regía en su integridad, que establecía los principios del sistema de transporte público masivo...las condiciones de la tarifa técnica, la tarifa al usuario, que se encontraba vigente para la época, los contratos de concesión previamente celebrados, así como los estudios, recomendaciones dadas por el CONFIS, organismo encargado de dirigir la política fiscal y coordinar el sistema presupuestal, que estableció en reunión ordinaria celebrada el día 23 de diciembre de 2009, mediante Acta 16, que: ‘No lograr la auto-sostenibilidad del sistema genera riesgos cuantiosos en la finanzas del Distrito Capital’ y recomendó ‘ajustar en forma gradual entre el 2010 y 2011 la tarifa al usuario...’, estudios, conceptos, normatividad previa que contenía todos los lineamientos que se debían tener en cuenta para establecer la tarifa usuario; el mismo Plan de

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

Desarrollo Bogotá Humana ...al no tener en cuenta entre otros lo señalado precedentemente, al establecer la tarifa al usuario; (sic) se presentó un desequilibrio económico entre la tarifa técnica (TT) y la tarifa usuario (TU), la administración distrital transfirió recursos de los ingresos corrientes del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) a título de gasto, y que es contabilizado por la Secretaría de Hacienda lo que la obligó a afectar las cuentas de resultado (gastos) Grupo 55 Gasto Público Social Cuenta 5550 – Subsidios, con base en el análisis de todo lo anterior, se llegó a la certeza del daño patrimonial ocasionado, con el modelo tarifario generalizado establecido, se aumentó el déficit tarifario entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debiendo ser cubierto éste subsidio generalizado a la tarifa con recursos públicos del Distrito Capital, dio lugar al daño patrimonial, llegando a la certeza que el mismo se constituyó por el valor de \$187.538.982.740. Quedando demostrado de esta forma que el daño es cierto, real, cuantificable, y que se realizó un análisis integral, teniendo en cuenta el caudal probatorio obrante dentro del plenario, y no solo el concepto técnico proferido por un profesional de esta Contraloría...” (subrayado fuera del texto original)

En relación con la culpa grave, el mencionado fallo agregó:

“

III RESPECTO DE LA CULPA

...es pertinente recordar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, Expediente D-3873, Magistrados Ponentes JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y RODRIGO ESCOBAR GIL, declaró inexecutable el parágrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión “leve” contenida en el artículo 53, ibídem, por cuanto consideró que el grado de culpa a partir del cual se podrá atribuir responsabilidad fiscal será el de la culpa grave.

...

A partir de la vigencia de la Sentencia C-619 de 2002, proferida por la H. Corte Constitucional, en los Procesos de Responsabilidad Fiscal en curso o los que a futuro se inicien en la Contraloría de Bogotá D.C., la culpa desplegada por los agentes debe ser dolosa o gravemente culposa, en atención a la Circular No. 00181 de 29 de enero de 2013, proferida por el Contralor de Bogotá.

...

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.

Así, se establece un nuevo marco jurídico para el daño antijurídico imputable al Estado como fundamento de su responsabilidad patrimonial.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

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.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional, a partir de este pronunciamiento jurisprudencial, en relación con el análisis de la especie de culpa para imputar responsabilidad fiscal, se realizará únicamente a título de dolo o culpa grave.

...

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 (sic), 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 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 las 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 e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

...

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, culpa grave o dolo, y no fue a capricho de este Despacho, razón por la cual no le asiste razón al respecto al memorialista.

En el caso que nos ocupa, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, cuando tomó posesión de su cargo como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., juró cumplir fielmente la Constitución Nacional de Colombia, las leyes y demás normas vigentes, y le competía asegurar una adecuada administración de los caudales del erario, pero contrario sensu, incurrió en la presunción legal

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

de culpa grave establecida en el numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001, que se acaba de transcribir, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como lo estipulado en los Contratos de Concesión, no atendió lo señalado por el CONFIS en Acta No. 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia, al omitir lo anterior, al violar manifiestamente el marco regulatorio mediante la expedición del Decreto 356 de 2012, con la adopción tomada de rebajar las tarifas al usuario de una manera generalizada de Transmilenio y su componente SIPT, toda vez que la rebaja de tarifas iba destinado a grupos especiales de usuarios, como personas mayores de 62 años, discapacitados y personas de bajos recursos, dio lugar a aumentar permanentemente el déficit tarifario entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debiendo ser cubierto éste, con la transferencia de recursos del Distrito Capital a través de la Secretaría de Hacienda, para cubrir el diferencial tarifario ocasionado con la rebaja general de las tarifas dio lugar al daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, en cuantía de \$187.538.982.740, razón por la cual se le atribuye una conducta gravemente culposa.

...

Así las cosas, queda demostrado lo planteado por este Organismo de Control respecto a que el estudio soporte para la expedición del Decreto 356 de 2012, no contemplaron las variables exigidas en el marco regulatorio para el ajuste de tarifas ...queda demostrado igualmente que la tarifa fue generalizada y no contempló la población a la que iba dirigida: adultos mayores (artículo 5 Ley 1171 de 2007), discapacitados y personas de bajos recursos (Acuerdo 489 del 12 de junio de 2012), es decir, no se observó su marco legal obligatorio, presentándose de esta forma la presunción legal de desplegar una conducta gravemente culposa por violación inexcusable a las normas de derecho lo que dio lugar al daño patrimonial establecido en el presente proceso." (subrayado fuera del texto original)

En lo atinente al nexo causal, el aludido fallo de responsabilidad fiscal sostuvo lo siguiente:

"IV. DEL NEXO CAUSAL

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., en ejercicio de su gestión fiscal, al expedir el Decreto 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio que lo regía, al fijar las tarifas señaladas precedentemente, del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público 'SITP', y establecer una rebaja de las tarifas en forma generalizada, con su actuar negligente, al pretermitir las normas legales, con su conducta gravemente culposa ocasionó un menoscabo, una disminución, a los recursos públicos del Distrito Capital, como quedó demostrado dando lugar al daño patrimonial a las arcas del Distrito Capital por un valor de ...(\$187.538.982.740) M/LEGAL, en el

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 al 30 de octubre de 2013...cuantía que... se actualizará..."

..." (subrayado fuera del texto original)

A su vez, en el auto del 27 de octubre de 2016, por medio del cual se decidieron los recursos de reposición presentados contra el aludido fallo, en cuanto a la culpa, se señaló:

"Así las cosas, al quedar desvirtuados los planteamientos esgrimidos por el apoderado en su escrito de recurso, este Despacho reitera lo que se concluyó en el Fallo recurrido respecto a su prohijado, toda vez que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, cuando tomó posesión de su cargo como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., juró cumplir fielmente la Constitución Nacional de Colombia, las leyes y demás normas vigentes, y le competía asegurar una adecuada administración de los caudales del erario, pero contrario sensu, incurrió en culpa grave establecida en el numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como lo estipulado en los Contratos de Concesión, no atendió lo señalado por el CONFIS en Acta No. 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia, al omitir lo anterior, al desconocer el marco regulatorio con los efectos económicos derivados del Decreto 356 de 2012, con la adopción tomada de rebajar las tarifas al usuario de una manera generalizada del subsistema de Transmilenio como del SITP en general, toda vez que la rebaja de tarifas iba destinada a grupos especiales de usuarios, como consecuencia del mencionado decreto, inobservando las normas que rigen al sistema de Transporte que nos ocupa, por lo que dio lugar a aumentar permanentemente el déficit tarifario entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debiendo ser cubierto éste, con la transferencia de recursos del Distrito Capital a través de la Secretaría de Hacienda, para cubrir el diferencial tarifario ocasionado, con la rebaja general de las tarifas dio lugar al daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, en cuantía de \$213.026.091.564, Moneda legal (valor actualizado), razón por la cual se le atribuye una conducta gravemente culposa a su prohijado.

..." (subrayado fuera del texto original)

Adicionalmente, en la resolución 4501 del 29 de noviembre de 2016, por medio de la cual se decidieron los recursos de apelación interpuestos contra del referido fallo de responsabilidad fiscal, se consideró:

"De otra parte, en atención a la inconformidad del apelante, referente a la indebida aplicación de la Ley 678 de 2001, este Despacho observa que el fallo con responsabilidad fiscal, hizo un estudio completo de la normatividad relacionada con la culpa grave, existiendo

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

complementariedad entre las presunciones de culpa grave consagradas en la Ley 1474 de 2011 y la Ley 678 de 2001.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en diversa jurisprudencia, entre ellas, las Sentencias C-046 de 1994 y C-205 de 2002 (sic), consideró que es viable asimilar los presupuestos de culpa grave de la Ley 678 de 2001 a los procesos de responsabilidad fiscal, como ocurrió en el presente asunto. Adicionalmente, no era viable aplicar de forma exclusiva las causales del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en razón a que no eran aplicables a este caso, amén que, estas no son taxativas y por ende se pueden complementar con otras disposiciones normativas.

...” (subrayado fuera del texto original)

De conformidad con lo expuesto, para la parte demandante con los actos acusados se transgredieron el artículo 29 superior³⁵ en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011³⁶, así como del artículo 2° de la Ley 610 de 2000³⁷, que contemplan la garantía del debido proceso en las actuaciones administrativas y en la acción fiscal, respectivamente, así como, su derecho de defensa.

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

³⁵ Constitución Política. “ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

...”

³⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso...”

³⁷ Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. “ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCION FISCAL. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.”

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 general³⁸.

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.

Ahora bien, es del caso precisar que, el debido proceso y el derecho de defensa tienen una íntima relación, aunque conllevan definiciones y contenidos diferenciados, como se explicará a continuación:

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el debido proceso es un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (artículos 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legales y reglamentarios establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus garantías y libertades, mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa, de manera que se salvaguarde la legalidad y la certeza jurídica en las decisiones que allí se adopten³⁹.

La Corte Constitucional ha enfatizado de manera especial, que cuando se trata de procedimientos adelantados ante la

³⁸ Jaime Orlando Santofimio. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Ed. Universidad Externado de Colombia Año 2008. Pág. 85.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-540 de 1997.

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 establecidas⁴⁰.

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 justicia⁴¹.

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 respectivo⁴², en aras de preservar los derechos de los ciudadanos del abuso que el ejercicio de estas competencias puedan ocasionar⁴³.

Así, 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 principio de favorabilidad, el principio del plazo razonable, la irretroactividad de la ley penal, entre otras garantías⁴⁴.

Por tanto, 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 establecidas⁴⁵.

⁴⁰ Sentencia C-467 de 1995.

⁴¹ Sentencia C-025 de 2009.

⁴² Corte Constitucional, auto 147 de 2005.

⁴³ Sentencia C-893 de 2006.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Sentencia C-467 de 1995.

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 administrativa⁴⁶.

De manera que, el derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones de la administración exige el respeto total de la Constitución, especialmente, de los artículos 6º, 29 y 209, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados⁴⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha precisado que la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas es relevante en la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material⁴⁸.

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 administrativas⁴⁹.

⁴⁶ Sentencia C-1189 de 2005.

⁴⁷ Consultar Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15666, magistrado Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "Tratado de derecho administrativo". Págs. 80 a 82.

Por su parte, el **derecho de defensa** es un componente del debido proceso, en otros términos, es una garantía de su núcleo esencial. El derecho de defensa es la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier actuación administrativa o proceso judicial, de ser oída, de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, de solicitar y allegar pruebas, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga⁵⁰, entre otras actuaciones.

Los componentes del derecho de defensa son: la presunción de inocencia, el derecho a la asistencia jurídica de un abogado en el proceso penal⁵¹, el principio de publicidad⁵², que se materializa principalmente con la notificación en debida forma, el derecho a ser oído, el derecho a presentar y controvertir pruebas, entre otros.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia del derecho de defensa en el contexto de las garantías procesales⁵³, señalando además que con su ejercicio se busca "impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"⁵⁴.

En consonancia, se ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Consejo de Estado ha expresado que el debido proceso⁵⁵ tiene como parte sustancial el derecho de defensa, de tal forma, que el derecho de defensa resulta quebrantado, si al

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵¹ También conocido como defensa técnica. La Corte Constitucional en sentencia C-069 de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiteró que desde antaño tiene definido el derecho a la defensa técnica, como la garantía constitucional que posee tres características esenciales: debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. "La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; *material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva* y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones" (Resaltado fuera de texto).

⁵² La Corte Constitucional, en auto 147/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, mencionó sobre el principio de publicidad que: "el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa".

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-315/12, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁵ El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 28 de noviembre de 2002, Exp. 14040, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

afectado con una decisión administrativa no se le permite ser oído, ni contradecir las pruebas aducidas en su contra.

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 Constitucional⁵⁶ 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.

En lo particular, la parte actora consideró que con las decisiones demandadas se transgredió el artículo 66 de la referida Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, que establece lo siguiente:

"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."

De manera que, 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 ésta⁵⁷, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

⁵⁶ En sentencia C-340 de 2007.

⁵⁷ 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".

Por lo que, 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 estatal⁵⁸, por lo que, deberán observarse siempre en su trámite los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículo 4º *ibidem*).

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

La Corte Constitucional frente al proceso de responsabilidad fiscal ha reconocido su naturaleza netamente y/o eminentemente administrativa⁵⁹, pero además, que es "*esencialmente patrimonial y no sancionatorio*"⁶⁰, 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 estatal⁶¹, por lo que, 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 reparatoria⁶².

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, tal remisión no se efectuó de forma abierta a cualquier compendio normativo, 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:

⁵⁸ Aparte subrayado del texto original declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 2001.

⁵⁹ Entre otras, en las sentencias C-840 de 2001, C-340 de 2007 y C-083 de 2015.

⁶⁰ Sentencia C-512 de 2013.

⁶¹ Corte Constitucional sentencias SU 620 de 1996 y T-151 de 2013.

⁶² Sentencia C-340 de 2007.

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

A su vez, el demandante sostuvo que se vulneró 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, en las siguientes disposiciones:

"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.

...

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;*

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

- 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.”

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

En lo atinente al caso concreto, se encuentra que en los actos acusados, se estableció como criterio de imputación frente al daño antijurídico, que la actuación y/o conducta del demandante fue a título de culpa grave, para lo cual, la Contraloría aplicó lo consagrado en el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001⁶³, que estipulaba, para el momento de los hechos, lo siguiente:

“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:

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** ~~—e~~ **inexcusablemente** el debido proceso en lo referente a detenciones

⁶³ 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.”

arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

La aludida norma contempló la “[v]iolación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” como primera causal de presunción de la conducta gravemente culposa 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.

Por lo que, la Sala observa 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, así como de sus causales propias de presunción de culpa grave, acudió a la Ley 678 de 2001 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.

Asimismo, se advierte que la entidad demandada para justificar su proceder en el fallo de responsabilidad fiscal, confirmado en virtud de los recursos presentados, adujo que 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.”

De igual manera, se encuentra que en la mencionada decisión la entidad de control manifestó 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 (sic)”; por lo que, era necesario 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”.

Así las cosas, la Sala observa que la motivación de la Contraloría demandada sostuvo que el demandante incurrió en la presunción legal de culpa grave establecida en el “numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001”, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía.

A su vez, en el auto demandado reiteró tal motivación y, en la resolución acusada mencionó que el fallo con responsabilidad fiscal, hizo un estudio completo de la normatividad relacionada con la culpa grave, existiendo complementariedad entre las presunciones de culpa grave consagradas en la Ley 1474 de 2011 y la Ley 678 de 2001 y que, en las sentencias C-046 de 1994 y "C-205 de 2002 (sic)" de la Corte Constitucional se consideró que es viable asimilar los presupuestos de culpa grave de la Ley 678 de 2001 a los procesos de responsabilidad fiscal.

Adicionalmente, la parte demandada expuso en la resolución cuestionada que no era viable aplicar de forma exclusiva las causales del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en razón a que no eran aplicables al caso concreto, máxime que estas no son taxativas y, por ende se podían complementar con otras disposiciones normativas.

Por tanto, la Sala procede al análisis de los mencionados pronunciamientos 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) Sentencia C-619 de 2002

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 la 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 dicha 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)

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.

b) Sentencia C-046 de 1994

Con esta providencia el Alto Tribunal Constitucional declaró executable en su integridad el artículo 17 de la Ley 42 de 1993, "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", norma que contempló:

"Artículo 17. Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal."

Entre las motivaciones de la decisión se encuentra la siguiente:

"...En razón de la remisión que al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Penal hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 con el objeto de completar e integrar la regulación de la responsabilidad fiscal de los funcionarios del erario, no cabe duda de que a la luz del artículo 66-2 del primero, el acto administrativo de fenecimiento deberá entenderse que pierde fuerza ejecutoria como consecuencia de la desaparición de sus fundamentos de hecho. No obstante, el proceso de responsabilidad fiscal - conservando en estos aspectos la remisión al Código Contencioso Administrativo por la afinidad y naturaleza de la materia - sólo podrá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta."

La regla de derecho que se trazó en dicho pronunciamiento consistió en lo siguiente:

"Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse mutatis mutandis de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado. Lo anterior no es óbice para que los autores de las operaciones fraudulentas o irregulares puedan ser objeto de investigación y sanción penal y que, en este caso, la entidad respectiva obtenga la correspondiente indemnización."

c) Sentencia T-973 de 1999

En esta ocasión, la Corte Constitucional estableció como problema jurídico determinar si la entidad accionada, al imponer al actor sanción pecuniaria dentro del juicio fiscal por un faltante de fondos públicos, quebrantó el derecho fundamental al debido proceso al desconocer el fenómeno de la caducidad de la acción del actor.

En el fallo con efectos inter-partes que confirmó el amparo concedido por el juez constitucional de segunda instancia, se analizó la naturaleza del control fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal, e igualmente, si dicho proceso tiene establecido en la ley un término de caducidad. En el aludido pronunciamiento, el Alto Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

"...En conclusión, si luego de transcurridos más de dos años a partir del fenecimiento de la cuenta, como ocurrió en el asunto sub examine, aparecen las pruebas fraudulentas o irregulares que comprometen la actividad desplegada por el funcionario accionante de tutela, la Contraloría no podrá levantar el fenecimiento, ni tampoco puede iniciar el proceso de responsabilidad fiscal como erróneamente hizo en el caso del ciudadano Rodolfo Bayona, porque ya ha caducado la acción fiscal, lo cual no significa, como se indicó en el acápite anterior, que el Estado no pueda iniciar las acciones a su alcance para recuperar los bienes fiscales, por cuanto dado el carácter imprescriptible de estos bienes, la acción no caduca."

d) Sentencia C-205 de 2002

En relación con el aludido fallo que se cita en los actos acusados, la Sala advierte que no existen registros de dicho pronunciamiento en la página web de la relatoría de la Corte Constitucional⁶⁴.

De conformidad con lo expuesto, se observa que si bien la Corte Constitucional en los mencionados pronunciamientos 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.

⁶⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/providencia.aspx?buscar=C-205-02>.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

De manera que, la Sala considera que 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.

A su vez, 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.

De manera que, la Sala no encuentra razonable la aludida extensión bajo criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional que crearon esa regla o subregla de derecho como lo pretende fundamentar la entidad demandada.

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 valioso⁶⁵, convierte en asunto relevado de prueba, para efectos de convicción⁶⁶, ciertos hechos o circunstancias, a partir de un hecho base que debe estar debidamente probado⁶⁷. Con esta medida, el legislador busca atribuir ex ante⁶⁸, de manera adecuada, la carga de la prueba, partiendo de un razonamiento construido a partir de la lógica y la experiencia⁶⁹, de lo que normalmente ocurre, a efectos de invertir el deber de prueba hacia el hecho contrario."

⁶⁵ "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.

⁶⁶ "presumir significaría dar una cosa por cierta": Corte Constitucional, sentencia C-595/10.

⁶⁷ "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.

⁶⁸ 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 con el artículo 167 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-086/16.

⁶⁹ "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.

Ello quiere decir, que 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* que: *"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. En tanto, se observó que la constitucionalidad de la afectación de la presunción de inocencia resultó de la ponderación realizada respecto de la eficacia en la lucha contra la corrupción y la protección efectiva del patrimonio público, necesario para la realización del interés general.

Asimismo, 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”*.

Por tanto, la Sala considera erróneo el argumento según el cual no era viable aplicar de forma exclusiva las causales del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, puesto que sí eran las aplicables al caso concreto; cuestión distinta es que no estableciera de manera expresa la causal de presunción de culpa grave que consideró ajustada a la responsabilidad investigada, esto es, la *“[v]iolación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”* estipulada sí para los procesos judiciales de repetición.

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, como ya se advirtió en precedencia, en este asunto en particular, 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 un criterio de complementariedad para sanear el “vacío” que, a su juicio, encontró en la Ley 610 de 2000, pues tratándose de presunciones solo pueden tener fuente legal.

En conclusión, este cargo se encuentra probado, puesto que la Contraloría, con los actos demandados incurrió en la violación de los artículos 66 de la Ley 610 de 2000, así como de los artículos 105 y 118 de la Ley 1474 de 2011, en consonancia con la garantía del debido proceso consagrada en los artículos 29 de la Constitución Política y los artículos 3º de la Ley 1437 de 2011 y 2º de la Ley 610 de 2000.

2.3. TERCER CARGO: Violación a normas en las que debe fundarse el fallo de responsabilidad fiscal por infracción a los artículos 6º, 121, 237 y 238 de la Constitución Política, del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y del artículo 5º de la Ley 610 de 2000 y del artículo 125 de la Ley 1474 de 2011; normas estas que en su orden contemplan:

La Constitución Política:

"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:

"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:

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

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

- Una conducta dolosa o culposa [grave]⁷⁰ 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:

*"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."*⁷¹

Para el demandante, la Contraloría acusada efectuó un control de legalidad que excedió la competencia conferida por la Constitución y la Ley a dichos órganos de control, en tanto que concluyó que el Decreto 356 de 2012 era contrario a normas en los que debía fundarse, entre ellos, el artículo 355 superior y los Decretos 831 de 1999 y 309 de 2009.

La parte actora consideró que si la entidad demandada advirtió un "quebrantamiento del principio de legalidad", lo procedente era acudir al medio de control judicial correspondiente para desvirtuar la presunción de legalidad que recaía sobre el decreto en cuestión, cuyo conocimiento se encuentra atribuido es a la jurisdicción contencioso administrativa, que es la encargada para valorar la constitucionalidad y legalidad de actos administrativos.

A su vez, resaltó que la Contraloría demandada desconoció que la responsabilidad fiscal exige una conducta dolosa o gravemente culposa; por lo que, cuestionó que dicha entidad mencionara que el acto administrativo lícito puede entrañar algún daño de tipo patrimonial del Estado.

⁷⁰ 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).

⁷¹ 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 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."

Por su parte, la entidad demandada en su defensa señaló que la decisión gubernamental adoptada por el demandante mediante el Decreto 356 de 2012 trajo consecuencias jurídicas, económicas y fiscales de tal magnitud que afectó el erario del Distrito Capital, ocasionando un daño patrimonial.

La Contraloría acusada consideró que la conducta del demandante se deriva de *"...una presunción de culpa grave, en la medida que con su actuación administrativa, plasmada en el Decreto 356 de 2012, desconoció de manera manifiesta e inexcusable normas de derecho, tales como los Documentos Conpes 3167 de 2002, 3260 de 2003 y 3368 de 2005 y parámetros establecidos en la Ley 86 de 1989, 310 de 1996, Ley 336 de 1996, al igual que la Resolución 12333 de 2012, expedida por el Ministerio de Transporte."*

Al respecto, resulta necesario destacar que el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución⁷², 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...

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

...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 la 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 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.

Por tanto, ni la jurisprudencia, ni ninguna norma constitucional o legal facultan a la Contraloría para desconocer y restarle valor jurídico a normas o actos administrativos de otras autoridades públicas como lo hizo en los actos administrativos demandados, so pretexto de ser contrarias a normas de rango superior.

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.

Asimismo, establece la norma referida 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

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

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 ha analizado normas relativas al control fiscal dentro del paradigma de la Constitución de 1991⁷³, 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 Nación⁷⁴.

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 Nación⁷⁵. Dicha vigilancia incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ "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".

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

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'..."

Asimismo, sostuvo la citada Corte 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 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"*⁷⁶, 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"*⁷⁷.

De manera que, para la Corte Constitucional el objetivo final del control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal es verificar el manejo correcto del patrimonio estatal⁷⁸ y que de la Constitución Política se colige que el sentido último del control fiscal proviene de la necesidad de proteger los bienes que están afectos al interés general, pues es indispensable que exista

⁷⁶ "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."

⁷⁷ "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."

⁷⁸ Sentencia SU 431 de 2015 "...El control fiscal, cuyo concepto tiene su origen etimológico en el término latino "fiscus" que significa erario o tesoro público, se confiere a una entidad que cuida de la res pública o cosa pública, lo cual denota que el fin fundamental del control fiscal es la preservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos."

una instancia, legítimamente constituida, que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos.

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 Estado⁷⁹. 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 Estado⁸⁰.”*

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,
- 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 ambientales⁸¹.

⁷⁹ Consultar, entre otras, la Sentencia C-623 de 1999.

⁸⁰ Consultar, entre otras, la Sentencia C-648 de 2002.

⁸¹ “Consultar, entre otras, las Sentencias C-374 de 1995, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008.”

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'⁸².

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 Constituyente⁸³ 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 ambientales⁸⁴.

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'⁸⁵.

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'⁸⁶.

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

⁸² "Consultar, entre otras, la Sentencia C-529 de 2006."

⁸³ "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."

⁸⁴ "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."

⁸⁵ "Consultar, entre otras, la Sentencia C-529 de 2006."

⁸⁶ "Sobre el punto, consultar la Sentencia C-529 de 2006."

*proyectos que constituyen en un período determinado la meta y proyectos de la administración.*⁸⁷ (subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, respecto de los sistemas de control debe precisarse que la Ley 42 de 1993 "*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*", en su artículo 1° dispuso que dicha comprendía el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.

La mencionada norma establecía en su artículo 9°⁸⁸ que el ejercicio del control fiscal⁸⁹ 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 sus artículos siguientes.

En relación con dichos sistemas de control, se advierte lo siguiente:

a) El control financiero: es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contador general⁹⁰.

b) El control de legalidad: Es la comprobación que se hace de las

⁸⁷ Consultar, entre otras, las Sentencias C-529 de 1993, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008.

⁸⁸ ARTÍCULO 9. Para el ejercicio del 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 los artículos siguientes.

PARÁGRAFO. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

⁸⁹ Definido en dicha norma como: "ARTÍCULO 4. El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, ~~los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales~~, conforme a los procedimientos, sistemas, y principios que se establecen en la presente Ley." (sentencias C-534/93 y C-320/94, Corte Constitucional)

⁹⁰ Artículo 42 de la Ley 42 de 1993. Esta modalidad de control también hizo parte del régimen anterior.

operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables⁹¹.

- c) El control de gestión: es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estos producen, así como de los beneficiarios de su actividad⁹².
- d) El control de resultados: el control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un periodo determinado⁹³.
- e) La revisión de cuentas: es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones⁹⁴.

De manera que, de las atribuciones de los Contralores en sus distintos órdenes se encuentra la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances.

Dicha competencia fue reglamentada en la Ley 610 de 2000 "*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*", el cual constituye una facultad complementaria a la del control y vigilancia de la gestión fiscal que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales, en aras de establecer la responsabilidad por acción y omisión de los servidores públicos y de los particulares, en el manejo de fondos y bienes públicos cuando se advierte un posible daño al patrimonio estatal.

⁹¹ Artículo 11 de la Ley 42 de 1993.

⁹² Artículo 12 de la Ley 42 de 1993.

⁹³ Artículo 13 *ibídem*. Modalidad que no se realizaba en el anterior enfoque de la Contraloría.

⁹⁴ Artículo 14 *ibídem*.

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 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 se trata de 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.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

A su vez, el efecto del aludido control de legalidad, establecido como uno de los sistemas para el ejercicio del control fiscal, antes de la modificación implementada por el artículo 153 del Decreto 403 de 2020, se encontraba previsto en la Ley 1474 de 2011⁹⁵, pues en su artículo 125 consagraba lo siguiente:

"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." (resaltado fuera del texto original)

En consonancia con lo anterior, la Ley 610 de 2000⁹⁶ estipula:

"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." (resaltado fuera del texto original)

En lo particular, se advierte que en el proceso de responsabilidad fiscal objeto de demanda se abrió indagación preliminar *"...en orden a establecer las presuntas irregularidades y el posible daño al patrimonio del Distrito Capital por la reducción de tarifas de transporte público en el Sistema Transmilenio, dispuesta a través del Decreto 356 de Julio 23 de 2012, por el señor Alcalde Mayor de Bogotá."*

Al respecto, se observa que en dicho acto acusado⁹⁷ al absolver la defensa del demandante, en cuanto al mencionado cargo, la Contraloría refirió:

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

⁹⁷ Folio 227.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

"...con el fin de aclararse al memorialista que éste Ente de Control, en momento alguno ha desbordado la competencia que le ha sido asignada por mandato de la Constitución Política en sus artículos 268 y 272, así como la Ley 610 de 2000, artículo 1, en concordancia con el Decreto 1421 artículo 105, puesto que el objeto materia del presente proceso de responsabilidad fiscal es establecer el daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, en el proceso de reducción de tarifas del transporte público en el Sistema de Transporte Masivos – Transmilenio y Sistema Integrado de Transporte Público SITP, por haberse presentado una reducción de los ingresos en el mismo, por el diferencial tarifario implementado en el Decreto 356 de 2012, durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 2012 al 30 de octubre de 2013, de conformidad con el Auto que dio inicio al proceso, así como las agregaciones de los Hallazgos Fiscales Nos. 80000-13 y No. 80000-031/13 a las presentes diligencias, por un valor total de \$187.538.982.740, y determinar y establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos involucrados.

No se está cuestionando por parte de este Despacho la legalidad del Decreto 356 de 2012, sino la decisión adoptada por la Administración Distrital en cabeza del Alcalde Mayor a través del mencionado acto administrativo, que al establecer la tarifa del servicio de transporte público urbano masivo de los pasajeros del Sistema de Transmilenio y del componente Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público SITP, dio lugar a la disminución de los ingresos del Distrito Capital, generando el detrimento patrimonial establecido en este proceso, al adoptar una decisión de reducir las tarifas a la población en general del sistema en hora valle, él tenía el poder decisorio frente al recaudo de los dineros públicos por este concepto y decidió reducir la tarifa al usuario en detrimento entre otros principios de la autosostenibilidad del sistema.
 (negritas y subrayado fuera del texto original)

De la cita expuesta contenida en el fallo de responsabilidad acusado, es claro que la administración pretendió dar una respuesta acertada frente a la defensa del demandante; sin embargo, resulta contradictorio que la Contraloría demandada indique que no cuestiona la legalidad del Decreto 356 de 2012, sino la decisión adoptada a través del mencionado acto administrativo que al bajar las tarifas ocasionó un detrimento.

Es decir, la Contraloría asumió que al estudiar la "decisión" contenida en dicho decreto no se inmiscuía en su legalidad. Para la Sala, tal razonamiento resulta desacertado puesto que al analizar su objeto, contenido y finalidad se abrogó una facultad que no le correspondía.

En efecto, si nos detenemos en recordar lo que debe entenderse por acto administrativo definitivo, encontramos que este se concibe

como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, que tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

De tal acatamiento al ordenamiento jurídico es que recae sobre dichas decisiones una presunción de legalidad, como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta.

De manera que, la situación jurídica creada por el aludido decreto se presume legal, lo cual deriva del principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros constitucionales y legales, y en virtud de ello, es que se hace obligatorio el acto desde su expedición.

Tal conformidad se expresa en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, así: los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁹⁸.

De modo que, es claro que la presunción de legalidad es un atributo del acto administrativo, la cual solo es posible desvirtuarla en sede judicial.

Asimismo, se advierte que la Contraloría cuenta, por disposición legal, de la facultad de realizar control de legalidad especial, el cual es propio de su actividad administrativa y le permite realizar las diligencias que considere pertinentes de comprobación de ajuste al ordenamiento jurídico con el fin de proteger el patrimonio público y evitar con ello el quebrantamiento del principio de legalidad, lo cual debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, el cual se reitera:

⁹⁸ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

"[c]uando 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..."

Bajo tal figura de control de legalidad especial, la Contraloría demandada estableció como responsable fiscal al demandante, pero no significa que la contraloría anule actos administrativos sino que efectúa un primer juicio de ajuste al ordenamiento de la gestión fiscal desempeñada, precisamente como órgano de control y es en ese sentido, que realiza el control de legalidad, de ajuste a la ley y a la constitución de quienes realizan o contribuyen a la gestión del patrimonio público.

Así, en las consideraciones del fallo cuestionado señaló de manera expresa que el daño patrimonial se ocasionó por la conducta gravemente culposa del demandante "...teniendo en cuenta que **con la expedición del Decreto Distrital 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital...**"⁹⁹

Al respecto, la Sala no reprocha que la Contraloría demandada ejerciera sus funciones con el control de legalidad en la actuación administrativa objeto de análisis, pues legalmente cuenta con esa competencia, cuyo ejercicio es susceptible a su vez de control bajo las causales del artículo 37 de la Ley 1437 de 2011-

No obstante, lo que no resulta razonable es que con fundamento en lo que a juicio de la aludida entidad corresponde a una "ilegalidad" se determine la responsabilidad fiscal del demandante, señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en tanto que tal proceder conlleva un juicio de responsabilidad objetiva, contrario a la naturaleza de esta clase de procedimientos administrativos, que es de carácter subjetivo.

En efecto, el sustento para declarar responsable fiscalmente al actor, a juicio de la entidad demandada, fue que el menoscabo del erario se produjo solidariamente por el demandante y otros, al

⁹⁹ Subrayado fuera del texto original.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como lo estipulado en los contratos de concesión, ni atender lo señalado por el CONFIS en Acta 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia. Se recuerda el contenido del fallo demandado así:

"En el caso que nos ocupa, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, cuando tomó posesión de su cargo como Alcalde Mayor de Bogotá D.C., juró cumplir fielmente la Constitución Nacional de Colombia, las leyes y demás normas vigentes, y le competía asegurar una adecuada administración de los caudales del erario, pero contrario sensu, incurrió en la presunción legal de culpa grave establecida en el numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001, que se acaba de transcribir, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como lo estipulado en los Contratos de Concesión, no atendió lo señalado por el CONFIS en Acta No. 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia, al omitir lo anterior, al violar manifiestamente el marco regulatorio mediante la expedición del Decreto 356 de 2012, con la adopción tomada de rebajar las tarifas al usuario de una manera generalizada de Transmilenio y su componente SIPT, toda vez que la rebaja de tarifas iba destinado a grupos especiales de usuarios, como personas mayores de 62 años, discapacitados y personas de bajos recursos, dio lugar a aumentar permanentemente el déficit tarifario entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debiendo ser cubierto éste, con la transferencia de recursos del Distrito Capital a través de la Secretaría de Hacienda, para cubrir el diferencial tarifario ocasionado con la rebaja general de las tarifas dio lugar al daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, en cuantía de \$187.538.982.740, razón por la cual se le atribuye una conducta gravemente culposa." (subrayado fuera del texto original)

De manera que, la entidad demandada bajo el control de legalidad que le asiste en la producción de sus decisiones administrativas, debe comprobar que la operación financiera, administrativa, económica y de otra índole de una entidad se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; no obstante, en el presente asunto la denominada "*política pública*" de mejoramiento del servicio de transporte se efectuó a través de un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por tanto, la presunción de legalidad del Decreto 356 de 2012 no podía desatenderse por la entidad demandada, esto es, so pretexto de ejercer su control fiscal.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

Al respecto, la Sala recuerda que la jurisdicción contenciosa administrativa se instituyó 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.

Por lo que, en consonancia con las normas en cita, en lo que respecta al control de legalidad al interior de la Contraloría debe indicarse, y sin perjuicio de esa potestad de comprobación, que fue la misma regulación la estableció el procedimiento a seguir cuando internamente adviertan una violación al principio de legalidad, esto es, la de interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes; no de otra manera puede entenderse la armonía de la función de control fiscal con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, la entidad demandada¹⁰⁰ en el fallo de responsabilidad fiscal expuso lo siguiente:

"De igual forma, como se explicó este Despacho no cuestiona si el Decreto 356 de 2012, es legal o no, y si es un acto reglado o discrecional, sino que en cumplimiento a lo preceptuado en la Ley 610 de 2000, artículo 4 inciso segundo, para establecer la responsabilidad fiscal que le asiste a su defendido, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal, razón por la cual se debe realizar un estudio, un análisis integral del marco regulatorio de las tarifas, de las pruebas obrantes dentro del plenario, para establecer si dio cumplimiento a ese marco regulatorio, y si era dable la reducción de la tarifa al usuario en detrimento de la autosostenibilidad del sistema del servicio de transporte público urbano masivo de los pasajeros del Sistema de Transmilenio y del componente Zonal del Sistema Integrado de Transporte Público SITP. Dando lugar con su actuar a la reducción de los ingresos del mismo, ocasionando con ello un daño fiscal a las arcas del Distrito Capital.

Es innegable que el señor Gustavo Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., de conformidad con sus funciones tenía la facultad mediante actos administrativos de cumplir con los cometidos Estatales a él encomendados, así como la disponibilidad inmediata del manejo de los recursos públicos del Distritos Capital, para el caso que nos ocupa, corrobora lo anterior, los considerandos señalados en el mismo Decreto 356 de 2012, que hace alusión al artículo 22 del Decreto 309 de 2009...

100 A folio 228 del fallo demandado.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

Así las cosas, el Alcalde Mayor de Bogotá, de conformidad con lo señalado precedentemente, s[í] realizó Gestión Fiscal en el caso que nos ocupa, entendida esta de conformidad con lo normado en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000...

...

De esta forma, se desvirtúan los señalamientos del apoderado del señor Gustavo Petro Urrego, al respecto, quedando demostrada la competencia de Éste Organismo de Control (sic), de adelantar el presente proceso de responsabilidad fiscal, que el Alcalde Mayor de Bogotá adelanta gestión fiscal y en el ejercicio de sus funciones tiene la disponibilidad de los bienes públicos, en el caso que nos ocupa.”

Conforme a lo señalado en la primera parte de la cita anterior, la entidad demandada en el fallo acusado hizo referencia a lo que corresponde a su competencia respecto del control de legalidad consagrado en el artículo 11 de la Ley 42 de 1993, actualmente artículo 47 del Decreto 403 de 2020.

En efecto, en tal aparte se advierte que la demandada señaló que en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 610 de 2000¹⁰¹, en atención al cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal, debía realizar un estudio, un análisis integral del marco regulatorio de las tarifas y, de las pruebas obrantes dentro del plenario, para establecer si el demandante dio cumplimiento a ese marco regulatorio, y si era dable la reducción de la tarifa al usuario en detrimento de la autosostenibilidad del sistema de transporte en cuestión.

A continuación de la cita expuesta del acto acusado, la Sala observa que pese a que la defensa del actor en lo que respecta a dicho cargo consistió en que la Contraloría no tenía competencia para desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 356 de 2012, por él expedido, la aludida entidad demandada concluyó que tal ente sí resultaba competente para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal en contra de aquel, pues el señor Gustavo Francisco Petro Urrego sí realizó una gestión fiscal.

¹⁰¹ 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 culposa de quienes realizan gestión fiscal 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.

...”

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

La Sala advierte que la entidad demandada en el fallo de responsabilidad fiscal demandado concluyó que sí era competente para adelantar el aludido proceso de responsabilidad fiscal, potestad frente a la cual no existe duda; sin embargo, lo que el demandante cuestiona a la Contraloría acusada es que con fundamento en lo que ésta consideró "ilegal", en éste caso el Decreto 356 de 2012, lo declarara responsable fiscal, cuando expresamente reconoció que dicho decreto era un acto administrativo, el cual se presume legal, esto es, ajustado al ordenamiento jurídico y de obligatorio cumplimiento hasta que sea anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto, la Sala precisa que bajo tal control de legalidad, la entidad demandada debe hacer el cotejo de que la operación del caso se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; que es lo que toda autoridad administrativa debe hacer en la producción de sus decisiones administrativas.

De manera que, si bien la Contraloría cuenta con una facultad de comprobación que conduce a establecer la conformidad de las operaciones financieras, entre otras, con las normas que le son aplicables (control de legalidad), tal potestad no resulta ser igual al juicio de legalidad de un acto administrativo con el cual se desvirtúa la presunción que recae sobre dichas decisiones, cuyo conocimiento se encuentra atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa.

En lo particular, la Sala observa que la responsabilidad fiscal endilgada al demandante devino de la consideración del ente de control según el cual el Decreto 356 del 23 de julio de 2012¹⁰², resultaba contrario a las normas en los que debía fundarse, pues se expidió "*sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas*"¹⁰³, con lo cual se ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital.

¹⁰² Por el cual se estableció la tarifa del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema TransMilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público 'SITP' en el Distrito Capital.

¹⁰³ Se extrae de la decisión administrativa acusada lo siguiente: "*Por lo expresado, le fue imputada una conducta gravemente culposa estableciendo un nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el señor Alcalde Mayor y el daño patrimonial a las arcas del Distrito Capital, teniendo en cuenta que con la expedición del Decreto Distrital 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital, siendo considerado como responsable solidario en cuantía total de \$187.538.982.740.00., en el período comprendido entre agosto 1 de 2012 y 30 de octubre de 2013, procediéndose a imputarle responsabilidad fiscal.*"

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

La responsabilidad que se alegó en contra del demandante consistió en que con el mencionado Decreto 356 de 2012 se estableció una política pública a través de la fijación de tarifa para desestimular el uso del sistema troncal en hora pico e incentivar el uso del SITP, así mismo fijó un subsidio en favor del adulto mayor, que causó un detrimento patrimonial del Distrito Capital.

Por lo que, se trata de un acto proferido por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien para la fecha de su expedición fungía como alcalde Mayor de Bogotá, el cual corresponde a una autoridad del orden distrital.

Al respecto, se advierte que, efectivamente, el mencionado decreto corresponde a un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado a través del medio de control de nulidad, según lo establece el artículo 137 de La Ley 1437 de 2011, que dispone que toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Es así, como la finalidad del medio de control de nulidad persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico abstracto.

De manera que, para la Sala la responsabilidad fiscal analizada respecto del demandante se sustentó en que el acto administrativo originario del detrimento patrimonial infringió las normas en que deberían fundarse, bajo la competencia que le asiste a la Contraloría de ejercer su control de legalidad; sin embargo, con ello efectuó un juicio de valor que conlleva una responsabilidad objetiva, contraria a la naturaleza del procedimiento administrativo en cuestión, como se expuso anteriormente.

Por tanto, se advierte que con tal proceder, la entidad demandada desatendió que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mas no la de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos y/o normas en las que se fundó la decisión en cuestión.

Por lo que, la Contraloría realizó un juicio de legalidad de un acto administrativo de orden distrital como sustento de las decisiones acusadas que declararon responsable fiscalmente al demandante, el señor Petro Urrego, al considerar que el Decreto 356 del 23 de julio de 2012 no se encontraba ajustado al marco regulatorio que lo

regía, entre ellos, la Constitución Política, artículo 355, la Ley 1171 de 2007, así como los Decretos 309 de 2009, 831 de 1999 y 309 de 2009.

Ahora, tampoco se encuentra demostrado ni se allegó prueba de que se hubiera iniciado demanda contenciosa administrativa alguna en contra del aludido decreto; de manera que, su legalidad se debe presumir hasta tanto no sea declarado ilegal a través de una decisión judicial de la jurisdicción facultada constitucional y legalmente para ello, esto es, de la contenciosa administrativa.

Por lo que, el control de legalidad con el que cuenta la Contraloría, no la habilitaba para basarse en la "ilegalidad" del Decreto 356 de 2012, que bajó tarifas, para con ello declarar responsable fiscalmente al demandante, el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, pues la presunción de legalidad de dicho decreto estaba intacta al momento de expedir el fallo de responsabilidad fiscal. Además, que el competente para declarar nulo un acto administrativo¹⁰⁴ como lo es el aludido decreto y desvirtuar así su presunción de legalidad es la jurisdicción contenciosa administrativa.

En consecuencia, este cargo prospera parcialmente porque si bien la Contraloría demandada podía efectuar un control de legalidad frente a la gestión fiscal del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, sin que signifique que tal control es jurisdiccional y por eso mismo, es que puede a su vez ser objeto de control como aquí ocurre, lo que no podía hacer dicha entidad era endilgarle una responsabilidad fiscal al demandante bajo el sustento de la ilegalidad del Decreto 356 de 2012, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6º, 121, 237 y 238 de la Constitución Política, del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y del artículo 5º de la Ley 610 de 2000 y del artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

2.4. CUARTO CARGO: Violación del artículo 3º de la Ley 610 de 2000 por cuanto la adopción de políticas públicas no es gestión fiscal ni pueden convertirse en daño patrimonial – ausencia de calidad de gestor fiscal de quien adopta una política pública; norma que estipula lo siguiente:

"ARTÍCULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas

¹⁰⁴ ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

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.”

Al respecto, se encuentra que la parte demandante expuso que es inaceptable extraer de un decreto legal y constitucional, que es un instrumento de implementación de una política pública nacional y distrital, una consecuencia antijurídica al punto de convertir una política pública en daño patrimonial.

Agregó el actor que la implementación de políticas públicas, aunque no ajenas a instrumentos de evaluación fiscal, no pueden ser analizadas y juzgadas bajo las mismas condiciones de meras actividades operativas, porque estas responden a herramientas de gobierno que buscan atender un objetivo y metas de interés general.

Adujo el demandante que la política pública diseñada e implementada por el demandante implicaba el ejercicio de sus funciones y potestades como regulador tarifario del sistema integrado de transporte público.

Por su parte, la Contraloría demandada en su defensa consideró que la *“...determinación del doctor Petro Urrego contenida en el Decreto 356 de 2012, consistente en la reducción generalizada de las tarifas del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del Sistema Transmilenio y del componente zonal del SITP, más que una política pública, constituye una decisión gubernamental”*, pues las políticas públicas respecto de sistemas masivos de transporte urbano de pasajeros corresponde es al gobierno.

Para resolver el cargo en cita, se debe acudir a la interpretación textual de la norma, así, 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 Estado¹⁰⁵ 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.

A su vez, por política pública *"...hay que comprenderla como el resultado de una acción colectiva que se desarrolla en lo público y de una serie de transacciones políticas, en donde el gobierno ya no tiene como único objetivo ejecutar lo planeado, sino también garantizar la coordinación y la cooperación de los actores clave. Lo anterior recalca dos elementos fundamentales del concepto: lo político y lo público."*¹⁰⁶

De manera puntual, se considera que la *"...política pública como construcción social, puede ser definida como una estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados*

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Introducción a las políticas públicas Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía. Jaime Torres-Melo y Jairo Santander. IEMP Ediciones.

*necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes.*¹⁰⁷

Al respecto, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

*"El diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas. Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. Sin duda, el diseño de una política puede ser plasmada en un documento político o en un instrumento jurídico. En el segundo caso, el instrumento puede tener la naturaleza de un acto administrativo o de una ley. Puede concretarse también en normas de rango superior o inferior a los mencionados, pero generalmente se emplean estos dos actos jurídicos."*¹⁰⁸ (subrayado fuera del texto original)

De conformidad con lo expuesto, se advierte que el diseño de una política puede ser exteriorizada en un documento político o en un instrumento jurídico, este último a través de un acto administrativo o de una ley.

Por tanto, es factible que al implementar esa política pública se adopten decisiones de gestión fiscal que puedan conllevar al ente de control a desplegar su potestad fiscalizadora para establecer la responsabilidad cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado¹⁰⁹.

Así, para el caso concreto el Decreto 356 del 23 de julio de 2012 corresponde al instrumento jurídico a través del cual se implementó la política pública sobre el transporte de pasajeros en el presente asunto; es decir, corresponde a la forma como el distrito atendió las necesidades de la sociedad frente a la mejora del servicio de transporte.

No obstante, debe precisarse que el procedimiento de responsabilidad fiscal que la Contraloría demandada adelantó en contra del demandante derivó de la gestión fiscal con la cual implementó esa política pública; entonces, mal podría concluirse que la política pública se convierta en el daño patrimonial.

¹⁰⁷ Introducción a las políticas públicas Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía. Jaime Torres-Melo y Jairo Santander. IEMP Ediciones.

¹⁰⁸ Sentencia C-646 de 2001.

¹⁰⁹ Artículos 268, numeral 5º de la Constitución Política, Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. Así como sentencias C-046 de 1994, C-557 de 2001, C-364 de 2001, C-840 de 2001, C-836 de 2013 y, C-338-14 de la Corte Constitucional.

Así, se recuerda que el control fiscal recae sobre las entidades cuando administren, recauden o inviertan recursos públicos, independiente de la naturaleza pública, privada o mixta de la entidad. Al respecto, la Corte Constitucional¹¹⁰ consideró:

"Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política." (subrayado fuera del texto original)

Por lo que, no resulta acertado considerar que la responsabilidad fiscal endilgada al demandante radica en la mencionada política pública, sino que ha de entenderse que esta se deriva es de las decisiones de gestión fiscal adoptadas por la gestión y manejo de los bienes públicos, en este caso, para cumplir con la aludida política pública.

De manera que, contrario a la consideración del demandante según la cual la ausencia de calidad de gestor fiscal de quien adopta una política pública; debe observarse que puede existir responsabilidad fiscal en la formulación de políticas públicas cuando en su materialización se involucre una gestión fiscal.

En consecuencia, este cargo no prospera en tanto que con los actos acusados no se encuentra vulnerado el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, que define la gestión fiscal.

2.5. QUINTO CARGO: Falsa motivación

La parte actora sostuvo que los actos acusados se sustentaron en hechos inexistentes, pero que la Contraloría los afirma como ciertos; le da a las normas un alcance que no tienen o se desconoce

¹¹⁰ Sentencia C-1191 de 2000.

su existencia y los argumentos que sirven de fundamento a los actos demandados no justifican la sanción impuesta.

Para ello, el demandante indicó que el Decreto 356 de 2012 es un acto administrativo contentivo de una política pública de transporte, el cual se encuentra cobijado bajo la presunción de legalidad y que, la aplicación de la excepción de ilegalidad correspondía al juez contencioso administrativo.

Agregó el actor que la política pública que en materia tarifaria implementó con dicho decreto no fue un subsidio en general, salvo para los adultos mayores. Afirmó que el Decreto 831 de 1999 no estaba vigente, por lo que, no podía ser el sustento de la decisión administrativa demandada y que, sí se tenía previsto tarifas variables por franja horaria; de manera que, no se trató de un subsidio generalizado como lo adujo la demandada en sus decisiones.

A su vez, la Contraloría cuestionada en su defensa indicó que los motivos determinantes de los actos demandados se encuentran probados *"...no sólo por su existencia material –pues es indubitable que mediante el Decreto 356 de 2012, expedido por el doctor Petro Urrego, se redujeron las tarifas del Sistema Transmilenio y del SITP para todos los usuarios- sino por su configuración jurídica, en la medida que tal decisión gubernamental creó una situación jurídica, la cual produjo efectos negativos en el patrimonio público de Bogotá D.C., al vulnerar la auto-sostenibilidad del sistema, en tanto y en cuanto aumentó el déficit presupuestal por el incremento del diferencial entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario."*

Así las cosas, se observa que, en relación con la aludida causal de nulidad, la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado:

"El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto.

...

Lo anterior significa que cuando el acto administrativo debe estar motivado, los motivos deben existir y, además, corresponder a los previstos en el ordenamiento jurídico.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad
 ...¹¹¹

Es así como la falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

A su vez, la aludida Corporación manifestó lo siguiente:

"...

Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.

De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.

En tratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada.

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.

...¹¹²

Y en otra oportunidad, el Consejo de Estado precisó:

¹¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-0324-000-2006-00348-00. Actor: Jorge Arango Mejía. Demandado: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

¹¹² Mediante sentencia del 26 de junio de 2008, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07).

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
 Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Asunto: Sentencia

"...

En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

...¹¹³

Así las cosas, se aclara que los actos administrativos aquí demandados y sobre los cuales procede el análisis de cada cargo, corresponden al fallo de responsabilidad fiscal, confirmado por la Contraloría demandada en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

En relación con el cargo por falsa motivación del fallo de responsabilidad fiscal acusado, debe precisarse que este radica en la expedición del Decreto 356 de 2012 por parte del demandante *"...sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital..."*

En concreto, en el fallo demandado se indicó lo siguiente:

"...incurrió en la presunción legal de culpa grave establecida en el numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001, que se acaba de transcribir, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como

¹¹³ En providencia del 23 de junio de 2011, expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), con ponencia del magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia*

lo estipulado en los Contratos de Concesión, no atendió lo señalado por el CONFIS en Acta No. 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia, al omitir lo anterior, al violar manifiestamente el marco regulatorio mediante la expedición del Decreto 356 de 2012, con la adopción tomada de rebajar las tarifas al usuario de una manera generalizada de Transmilenio y su componente SIPT, toda vez que la rebaja de tarifas iba destinado a grupos especiales de usuarios..."

Con todo, debe advertirse que dicho Decreto 356 de 2012 no corresponde al acto demandado en esta ocasión, ni el mencionado decreto ha sido anulado ni suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa; de manera que, se presume legal y ajustado al ordenamiento jurídico.

En lo particular, se encuentra que en la audiencia de pruebas celebrada el 1º de agosto de 2018, se hicieron presentes las partes demandante y demandado, así como el agente del Ministerio Público y el perito citado en cumplimiento de lo ordenado en la audiencia inicial.

En dicha diligencia, se tuvieron como pruebas las aportadas por las partes, y además la allegada por el apoderado del demandante como prueba sobreviniente, frente a la que si bien la apoderada de la demandada se opuso por considerar que no era oportuno su aporte, finalmente, por tratarse de una prueba sobreviniente, el magistrado ponente aceptó su incorporación al expediente.

Dicha prueba documental contiene el auto del 19 de abril de 2018 de la Procuraduría General de la Nación mediante la cual se ordenó el archivo de la investigación disciplinaria IUS E-2013-126703 IUC D-2017-604303 seguida contra los señores "*Fernando Rey Valderrama, María Constanza García Alicastro, Fernando A. Sanclemente Alzate, Libardo Yanod Márquez Aldana, Ana Luisa Flechas Camacho, Ricardo Bonilla González y Gerardo Ardila Calderón*", vinculados por las presuntas irregularidades en la expedición del Decreto 356 del 23 de julio de 2012, expedido por el demandante, puesto que las conductas por las cuales se dio apertura a la misma no son constitutivas de falta disciplinaria.

En dicho auto de archivo, la procuraduría indicó lo siguiente:

"Nos encontramos frente a una decisión de gestión pública de un gobernante, mediante la cual, con unos fines de interés público, entre

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

ellos, para mejorar la movilidad de la ciudad y sustentándose en unos estudios decidió disminuir la tarifa para la prestación de un servicio público.

...

Es decir, se trató de una decisión gerencial de la administración distrital cuya motivación estaba dirigida a cumplir los fines del Estado social (sic) de derecho, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2° de la Constitución Política).

Así mismo, la expedición del Decreto n.º 356 del 23 de julio de 2012, sustentado en unos estudios técnicos y económicos, correspondió a la ejecución de una política pública contemplada en el Acuerdo n.º 489 de 2012, por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C. 2012-2019 'Bogotá Humana', el que contempló, para garantizar el fortalecimiento y mejoramiento de la calidad y cobertura de los servicios públicos, como uno de los proyectos el siguiente [2. Mejoramiento de la accesibilidad financiera al transporte público...]

...

Además, se contaba presupuestalmente con los recursos públicos para hacer viable la medida de disminuir la tarifa del servicio público...

...

En fin, no se advierte que la disminución de las tarifas del Sistema Integrado de Transporte Público, establecidas mediante el Decreto n.º 356 del 23 de julio de 2012, tuviera una finalidad contraria al interés público ni que vaya en contravía de normas de nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, se reitera, estaba dirigida al cumplimiento de los fines del Estado.

..."

En atención al sustento de la aludida causal de nulidad, el análisis de la prueba pericial que a continuación se abordará se centra en la evaluación financiera del Decreto 356 de 2012, a partir de los elementos claves de los documentos técnicos y financieros, entre otros, las condiciones fácticas del sistema Transmilenio, previas a la expedición del decreto, el Plan de desarrollo de Bogotá Humana 2012-2016, el marco tarifario, los contratos de concesión de recaudo y el marco presupuestal y contable.

En lo particular, se advierte que la parte demandante aportó un dictamen pericial visible en los folios 735 a 950 del cuaderno 2, con la denominación "[e]valuación financiera del Decreto 356 de 2012 y

su ejecución, acorde a los soportes fácticos, técnicos y financieros que dieron lugar a su expedición y soportan su gestión”, suscrito por el economista Daniel Sebastián Contreras Ortiz.

Dicha prueba fue tenida como tal en la audiencia inicial celebrada el 14 de marzo de 2018¹¹⁴, para lo cual se ordenó la citación del perito para que se hiciera presente en la audiencia de pruebas¹¹⁵, diligencia en la cual se indicó lo siguiente:

"2) PERITAJE DE PARTE: Perito Daniel Sebastián Contreras Ortiz...

El apoderado judicial de la parte demandante manifiesta que no tiene observaciones.

Seguidamente la apoderada judicial de la parte demandada manifiesta no tener observaciones frente al dictamen; sin embargo, solicita aclaración frente a la elasticidad del mercado, frente a lo cual el apoderado de la parte actora aduce que no escuchó al perito decir sobre el punto advertido por la apoderada, y el Agente del Ministerio público precisa que solo pueden hacerse preguntas concretas frente a lo expuesto por el perito, ante lo cual, el Despacho solicita a la apoderada que concrete la pregunta, acto seguido la apoderada reformula la pregunta, y ante la respuesta del perito formula otras adicionales, las cuales fueron absueltas por los (sic) señor Daniel Sebastián Contreras Ortiz.

Posteriormente, el Agente del Ministerio Público interroga al perito, preguntas que son absueltas por los (sic) señor Daniel Sebastián Contreras Ortiz. Finalmente, el Despacho indaga a las partes si tienen algo más que agregar, corregir o enmendar a la presente diligencia, ante lo cual el apoderado de la parte actora solli[c]ita una precisión al perito, la cual es atendida por éste."

En la mencionada diligencia ocurrió lo siguiente:

i) La apoderada de la Contraloría formula una pregunta relacionada con la elasticidad e inelasticidad de los precios, la cual reformuló a petición del apoderado de la parte demandante y del agente del Ministerio Público, en cuanto a las reglas relacionadas con el dictamen pues se debe preguntar un hecho a la vez, no sobre las conclusiones propias de quien pregunta.

ii) La abogada de la Contraloría pregunta al perito: Conforme al peritaje planteado ha señalado que ese mercado, la demanda y los precios son inelásticos?. Responde el perito: No señaló eso ni en su exposición ni en el documento de peritaje. Indicó que lo que señaló

¹¹⁴ Folios 1143 a 1149 del cuaderno principal.

¹¹⁵ Folios 1165 a 1170 ibidem.

fue que las curvas de costo medio y marginal de los pasajeros son decrecientes y por tanto, no puede darse una estimación lineal o un análisis lineal de la tarifa.

iii) La abogada de la Contraloría pregunta que si la demanda y el mercado es elástico, como lo pretende hacer ver el perito, la corrección o la modificación de las tarifas podían hacerse por encima y no solamente subsidiada.

iv) El perito responde: no es un tema de elasticidad de la demandada ni inelasticidad, lo que sucede con Transmilenio es que se tiene una demanda que puede transformarse o trasladarse dentro de franjas horarias, según el Banco Mundial y el otro estudio indicado en la diligencia "Steer Davies" estipula que se puede hacer una transferencia de la demanda si se mueven 300 pesos por debajo, no por arriba del transporte, un incentivo de 300 pesos por debajo de la tarifa al usuario. Se refirió a las horas pico que implica el mismo gasto de mantenimiento e infraestructura que en horas valle (costos constantes y costo medio marginal) y la reducción del impacto ambiental, como la disminución de compra de motos y el uso de otros medios de transporte.

v) La abogada de la Contraloría pregunta si existió un déficit presupuestal y que por tanto el sistema era sostenible, frente al que el perito responde que no hubo déficit, porque estaba presupuestado y nunca se necesitó una adición presupuestal. Pregunta la aludida apoderada que cómo se explica que se estuviera que acudir al fondo de contingencia establecido para el mantenimiento de las tarifas.

vi) El perito responde: El fondo de contingencia es previo a la administración gobierno de Bogotá Humana, como fondo de estabilización tarifaria. Explica lo relativo a la tarifa técnica y a la tarifa del usuario. También señaló la finalidad de los Sponsor Agreement, y que si hubo una diferencia fue en favor de la población. La tarifa técnica no la cubre el distrito. Reiteró que no hay déficit porque hacía parte de una política pública de transporte, debidamente presupuestada, que no recurrió a una adición.

vii) El agente del Ministerio Público pregunta la diferencia entre el Fondo de Contingencias (antes de Bogotá Humana) y el Fondo de Estabilización Tarifaria (después). El perito explica que el primero se nutre de la diferencia que hay entre la tarifa del usuario y la

tarifa técnica, mientras que el segundo, se amplía el fondo de contingencia y también entra dinero público. Pregunta si hubo algún superávit en el primero o si debía subsidiarse la tarifa del usuario. Explica que hay momento de superávit, pero muy cortos, mínimos, se tiende a una tarifa estable. En lo sucesivo, el perito responde los interrogantes del agente del Ministerio Público.

viii) El abogado de la parte demandante intervino para que el perito precisara el asunto relacionado que para atender ese diferencial no se adoptó el concepto de subsidio. El perito explicó la causación contable para dichos montos.

Mediante la mencionada prueba pericial, visible en los folios 735 a 774 del cuaderno principal, que no fue objetada, se observa que, luego de una línea de tiempo de los hechos para el análisis de los acontecimientos de los principales problemas que enfrentaba la Alcaldía regentada por el demandante, así:

"A manera de síntesis se puede señalar que los principales problemas que enfrentaba la Alcaldía eran:

- 1) La creciente insatisfacción con el sistema de troncales en Transmilenio, reflejado en persistentes protestas, obstrucción de vías exclusivas de los articulados, toma y destrucción de estaciones, con tendencia a expandirse, dada la recurrencia durante el período julio del 2011 y mayo del 2012.*
- 2) La congestión generalizada en el sistema troncal en hora pico con demoras y aumento de los tiempos de viaje, lo que redundaba en la pérdida de usuarios y la percepción del sistema como ineficiente.*
- 3) El incremento de uso de otros medios de transporte, como moto y vehículo particular, incidiendo en mayor incremento de la congestión vial de la capital.*
- 4) La desarticulación con el sistema de transporte público colectivo TPC con costumbres arraigadas de desorden urbano, guerra del centavo y jornadas excesivas de trabajo, aunadas al hecho de tener una tarifa nominal de \$1.400 y una real y efectiva de \$1.000, negociada directamente con el conductor en cualquier lugar de la ciudad.*
- 5) La entrada al funcionamiento de los buses azules y la necesidad de articular el Sistema SITP bajo la existencia de unos operadores con contratos adjudicados y un proceso de arranque muy lento, que impedía cumplir el objetivo de implementación en el tiempo previsto."*

Asimismo, en el dictamen pericial se explicó que el tratamiento tarifario del sistema Transmilenio se extiende al conjunto del SITP se basa en establecer la relación entre tarifas técnicas o lo que cuesta operar el sistema y, la tarifa al usuario que es lo que pagan los consumidores del servicio.

En dicha prueba se indicó que dado que la tarifa al usuario se fija por períodos de tiempo, mientras que la tarifa técnica tiene constantes y frecuentes cambios, desde el comienzo del sistema se incorporó un mecanismo de compensación, originalmente llamado Fondo de Contingencias FC, destinado a cubrir las diferencias de las mismas. Con la llegada del SITP se complementó con el Fondo de Estabilización Tarifario FET, cumpliendo la misma función.

El perito explicó que ambos fondos funcionan bajo el criterio de:

- a) Cuando la tarifa al usuario supera la tarifa técnica, la diferencia se acumula en el fondo establecido.
- b) Cuando sucede lo contrario y la tarifa técnica supera la tarifa al usuario, el fondo compensa esa diferencia.

Agregó que en el caso del Fondo de Contingencias FC desde el año 2000 hasta el 2009 se alimentó de la diferencia tarifaria bajo el criterio de sostenibilidad; no obstante, quedó previsto en los contratos y en el Sponsor Agreement del alcalde Enrique Peñalosa que la administración distrital cubriría esa diferencia con sus recursos, en caso de ser necesario.

Manifestó que con el proceso de implementación del SITP, año 2009, se adicionaron otras fuentes de financiamiento bajo el criterio de sostenibilidad del sistema, con lo cual la diferencia tarifaria dejó de ser la única fuente, de forma tal que se tienen dos etapas determinadas por la dinámica del FC y del FET.

En la aludida prueba se concluyó lo siguiente:

- i) La política tarifaria del SITP establecida en el Decreto Distrital 356 de 2012 *"...honra los acuerdos de respaldo del Distrito Capital al sistema de transporte, firmados en el año 2000, con la creación del Fondo de Contingencias, y en el año 2010 con la creación del Fondo de Estabilización Tarifaria FET. En ambos casos compensa la diferencia entre las tarifas técnicas y al usuario, cualquiera que sea su origen."*
- ii) La política tarifaria del SITP establecida en el Decreto Distrital 356 de 2012 tiene soporte en el Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016 (Eje 1- art. 20 y Eje 2- art. 28), igualmente cumple con los principios financieros previstos en los Decretos 831 de 1999 y

309 de 2009, los cuales establecen el marco tarifario del SITM-SITP, así como los principios financieros de los contratos de concesión del SITM-SITP-SIRCI, en particular es coherente con los acuerdos interorgánicos Sponsor Agreement o acuerdos de responsabilidad suscritos por el Distrito Capital de respaldo al sistema de transporte, firmados en los años 2000 y 2010. En ambos casos compensa la diferencia entre las tarifas técnicas y al usuario, cualquiera que sea su origen.

iii) Resaltó, que para efectos de dicho estudio, no existen demandas judiciales ante la autoridad competente en contra del Decreto 356 de 2012, el mismo no ha sido declarado nulo ni suspendido, por lo que, se parte de la premisa que este decreto y su contenido es legal.

Por tanto, consideró que como el aludido decreto se presume legal, los recursos que demanda están previstos en el presupuesto aprobado para la vigencia de cada anualidad.

Agregó que, dicho presupuesto y la apropiación asignada para financiar el FET también se presume legal y su giro, a solicitud de Transmilenio está sustentado en el artículo 13 de Decreto 714 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto Distrital. Igual sucede con los recursos apropiados para los siguientes años, incluidos 2014 y 2015.

Mencionó que en la expedición del citado decreto fueron relevantes los principios de costeabilidad, estabilidad y equilibrio del sistema en el largo plazo, los cuales hacen parte del marco financiero del Decreto 309 de 2009, vigente para dicho período.

Resaltó que la tarifa diferencial prevista en los artículos 1° al 4° del decreto en cuestión no corresponde a un concepto de subsidio, ni se le dio ese tratamiento.

Refirió que no resulta acertado afirmar que se desconocieron las recomendaciones del CONFIS¹¹⁶ 16 de 2009, pues estas no son vinculantes y además no corresponde al período de gobierno en que se expidió dicho decreto.

¹¹⁶ Que según la Ley 1421 de 1993 no aprueba tarifas ni subsidios, y tampoco aprueba informes, sino que recibe y acoge recomendaciones que luego debe transmitir a las respectivas entidades encargadas de su ejecución.

Por tanto, manifestó que no resulta viable, ni técnica, ni financieramente remitirse como fuente válida de información a los estudios que se presentaron en el CONFIS 16 de 2009 referidos al sistema de Transmilenio, en cuanto la dinámica de transporte de ese entonces no correspondía a la presentada en el período del gobierno de la Bogotá Humana y no había entrado en funcionamiento el SITP.

iv) Los contratos de fase I y II de Transmilenio en sus cláusulas 46 y 111 respectivamente, además de los Sponsor Agreements o acuerdos de responsabilidad, firmados por los alcaldes Enrique Peñalosa y Samuel Moreno, contemplan la posibilidad de fijar la tarifa al usuario por debajo de la tarifa técnica.

v) Durante el período de vigencia del mencionado decreto no existe evidencia de objeción alguna ante el Concejo de Bogotá.

vi) Añadió el referido dictamen lo siguiente:

"La naturaleza de los recursos de cofinanciación para el sistema de transporte masivo operativamente ha tenido dos connotaciones que pueden entrar a diferenciar su reconocimiento contable en razón a que financian dos tipos de erogaciones. La inversión propiamente dicha, dirigida a la construcción de la infraestructura de los Bienes de Uso Público que conforman el Sistema y aquella que se deriva de la firma del Acuerdo de Responsabilidad y que tiene como destinación específica la de cubrir el diferencial tarifario y que se entrega a la Fiducia a través de acuerdo interorgánico (sic) con Transmilenio S.A., denominado acuerdo de responsabilidad o sponsor agreement.

El SITP (Entendido como Transmilenio y buses zonales) puede conceder descuentos en la venta de sus pasajes, dado que, en la estructuración del sistema y el diseño de los contratos de concesión de la operación, se estableció un costo medio por kilómetro estable, sin variaciones significativas durante la operación."

Con la mencionada prueba, pretende el demandante acreditar que los actos acusados se sustentaron en hechos inexistentes, que se fundaron en normas con un alcance que no tienen o se desconoce su existencia; por lo que, los argumentos que sirven de fundamento a los actos demandados no justifican la sanción impuesta.

Es decir, el demandante pretende demostrar que la presunción de legalidad del Decreto 356 de 2012, como acto administrativo contentivo de una política pública de transporte, se encuentra incólume y que, por ello, los actos acusados aplicaron

indebidamente una excepción de ilegalidad propia del juez contencioso administrativo¹¹⁷.

Con todo, se observa que la Corte Constitucional en sentencia C-027 de 2016 consideró que, ni el artículo 355 superior prohíbe de manera definitiva todo tipo de fomento económico a particulares, ni puede interpretarse de manera tal que vacíe el contenido de diversas cláusulas que consagran los deberes del Estado. Por ese motivo, esta norma no solo admite excepciones, sino que permite la satisfacción de los citados mandatos. Al respecto, dicha Corporación determinó:

"Así, serán válidos los auxilios y subvenciones que: (i) alberguen una finalidad estrictamente altruista y benéfica, y no obedezcan a la mera liberalidad del Estado; la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado; (ii) derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación; (iii) fundarse en un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social."

Ahora bien, en lo atiente a la excepción de ilegalidad, el Consejo de Estado recordó que la *"...llamada excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandante o el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio"*¹¹⁸.

¹¹⁷ Ley 1437 de 2011: "ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte."

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00. Actor: Dora Del Carmen Mariño Flórez. Demandado: Ministerio de Minas y Energía. Referencia: acción de nulidad.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

Al respecto, la Sala considera que resulta necesario retomar las consideraciones expuestas para el tercer cargo en decisión, en tanto que, la autoridad demandada si bien podía efectuar un control de legalidad especial que le es propio de la entidad demanda, lo cierto es que no podía atribuirle una responsabilidad fiscal al demandante bajo el sustento del juicio de valor de la "ilegalidad" del Decreto 356 de 2012, pues ello conlleva una responsabilidad objetiva, que desconoce la naturaleza subjetiva del procedimiento en cuestión.

Por tanto, la Contraloría cuestionada no podía auparse de lo que a su juicio consideró ilegal para derivar de allí la culpa grave que sirvió de título de imputación para atribuirle al demandante la responsabilidad fiscal en cuestión.

Así, los planteamientos relacionados con este cargo, el cual se sustentó en la falsa motivación de las decisiones administrativas demandadas tienen vocación de prosperar, puesto que, la legalidad de dicho decreto se conserva y en tal sentido, resulta aplicable pues se presume su conformidad con la Constitución y la Ley.

En consecuencia, para la Sala el fallo de responsabilidad fiscal y los actos que lo confirmaron incurrieron en la causal falsa motivación; por lo que, se declarará fundado el aludido cargo.

2.6. SEXTO CARGO: Inexistencia de los elementos de la responsabilidad

La parte actora mencionó que el Decreto 356 de 2012 sí contó con los soportes y estudios pertinentes y se tenía establecida la fuente financiera para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema; por lo que, a su juicio, no hubo de su parte negligencia alguna, ni en forma presunta ni en forma probada y, por ende, no existió la culpa grave que sustentó la declaratoria de responsabilidad fiscal en su contra.

En consonancia con lo anterior, el demandante sostuvo que tampoco causó un daño patrimonial, toda vez que el Decreto 356 de 2012 es un acto administrativo cobijado por la presunción de legalidad, que ni siquiera la Contraloría Distrital demandó.

Por su parte, la aludida entidad demandada en su defensa consideró que sí se reúnen los elementos para declarar la responsabilidad fiscal del demandante, toda vez advirtió que:

- i) Existe certeza del daño patrimonial causado a las finanzas de Bogotá D. C. *"derivado de la decisión gubernamental contenida en el Decreto 356 de 2012"*,
- ii) así como de la actuación del demandante, fundamentada en una presunción por culpa grave *"por violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho, en la forma prevista por el Numeral 1° del Artículo 6° de la Ley 678 de 2001, aplicable por remisión del Artículo 66 de la Ley 610 de 2000, el cual permite acceder al CPCA (sic), estatuto este que en su Artículo 142 consagra el Medio de Control de repetición, el que, entre otras disposiciones se rige por la Ley 648 de 2001"* y,
- iii) porque no cabe duda que entre la citada *"decisión gubernamental y el daño producido existe una relación de ca[u]sa a efecto, en la forma como se probó en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 170000-0002/12."*

En relación con el mencionado cargo, se encuentra que el artículo 5° de la Ley 600 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:

- a) Una conducta dolosa o culposa¹¹⁹ atribuible a una persona que realiza gestión fiscal,
- b) un daño patrimonial al Estado¹²⁰ y,
- c) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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.

En relación con la conducta, resulta del caso destacar que, según la doctrina¹²¹, el profesor Reyes Echandía se refería al **dolo** como *"la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica. Cuando un hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente –así sea mediante una representación mental de fugaz duración-, lo halló adecuado a sus posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo; participan pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad, con precedencia lógica de la primera de ellas, puesto que solo somos capaces de querer lo conocido"*.

Mientras que la **culpa** es *"la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó. Si tanto el dolo como la culpa son especies de culpabilidad, debemos recordar que una y otra tienen raíz en la sique del hombre y que respecto de ambas intervienen las esferas intelectual y volitiva de la personalidad; la culpa supone, entonces, un comportamiento voluntario que se origina conscientemente hacia una finalidad determinada; solo que esa finalidad –a diferencia de lo que ocurre con el actuar doloso- o constituye una meta penalmente indiferente o (como cuando el automovilista se dirige a su casa) configura un hecho antijurídico en cuyo desarrollo emergió la culpa"*.

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.

Al respecto, se observa que en la Ley 610 de 2000 no se definió las mencionadas modalidades de conducta; por lo que, por regla general se acude a los principios previstos en el derecho civil¹²².

En todo caso, en la Ley 1474 de 2011 *"por la cual se dictan normas*

¹²¹ DUQUE BOTERO, Luz Jimena, y CÉSPEDES VILLA, Fredy, El Control Fiscal y la Responsabilidad Fiscal. Editorial IBÁÑEZ, Bogotá D.C. 2018. Páginas 437 y 440.

¹²² Artículo 63 del Código Civil.

orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” sí se estipuló las presunciones por dolo y por culpa grave respecto de la responsabilidad fiscal derivada de esa actividad, así:

"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;

..." (negritas y subrayado fuera del texto original)

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 fiscal¹²³.

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 únicamente a los gestores fiscales como elemento orgánico¹²⁴.

¹²³ Sentencia C-840 de 2001.

¹²⁴ 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

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 normativo¹²⁵. 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 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*

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".

¹²⁵ 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.

mayor o el caso fortuito¹²⁶”.

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.”¹²⁷
 (subrayado fuera del texto original)

De manera que, una vez verificada la existencia de dichos presupuestos la autoridad competente proferirá fallo con

¹²⁶ Consultar, AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 203-204.

¹²⁷ 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).

responsabilidad fiscal conforme lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley 600 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.

...¹²⁸

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 para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es necesario que en el procedimiento concurren tres características¹²⁹:

- 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.

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.

¹²⁸ Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002.

¹²⁹ 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).

Al respecto, la Ley 610 de 2000, define el daño patrimonial de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES>¹³⁰ 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."

Para la satisfacción del elemento objetivo de la responsabilidad fiscal "es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable."¹³¹

A su vez, no basta con probar la existencia de culpa, sino que esta debe corresponder a una conducta grave, esto es, a una grave negligencia o imprudencia, que implica no ejercer las funciones públicas atribuidas con natural cuidado o diligencia ordinaria.

En lo atinente, se precisa que el texto primigenio de la Ley 610 de 2000 establecía que bastaba la culpa leve, lo cierto es que mediante sentencia C-619 de 2002 se estableció que aquello era inconstitucional por entrar en contradicción con las normas superiores, por lo siguiente:

"...ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y

¹³⁰ Sentencias C-340 de 2007, C-090 de 2022. Exequibles los apartes subrayados en sentencias C-840 de 2001 y C340 de 2007.

¹³¹ Consejo de Estado, Sección primera, sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.”

Tales consideraciones de la Corte Constitucional fueron incorporadas al ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 1474 de 2011, que particularmente en el artículo 118 estipuló que “[s]e presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos...”; de manera que, para que sea viable declarar la responsabilidad fiscal debe comprobarse la culpa grave¹³².

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 propios¹³³.

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 el daño patrimonial sostuvo en el fallo acusado lo siguiente:

“... para establecer el daño patrimonial que nos ocupa, se realizaron una serie de estudios técnicos, se practicaron pruebas, se realizaron visitas especiales, se analizaron las normas que rigen el sistema tarifario, los contratos de concesión, el presupuesto de la Secretaría de Hacienda, entre

¹³² La culpa grave o lata se encuentra definida en el artículo 63 del Código Civil en el sentido de que se incurre en ella cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

¹³³ 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.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

otras pruebas, para llegar a la certeza del daño patrimonial ocasionado a las arcas del Distrito Capital, fue el resultado de un análisis y de un estudio de la normatividad que lo rige.

Está demostrado que el señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., para la época de los hechos expidió el Decreto 356 de julio de 2012..."

Para la Contraloría el daño por \$187.538.982.740¹³⁴ se ocasionó porque, con la expedición del Decreto 356 de 2012, se presentó un desequilibrio económico porque se aumentó el déficit tarifario entre la tarifa técnica (TT) y la tarifa al usuario (TU), debiendo ser cubierto éste subsidio generalizado a la tarifa con recursos públicos del Distrito Capital, en tanto que, a su juicio, la administración distrital transfirió recursos de los ingresos corrientes del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) a título de gasto.

El órgano de control, de manera expresa, atribuyó ese déficit a la expedición del Decreto 356 de 2012, el cual para dicha entidad constituye un subsidio generalizado a la tarifa, en contravía de los preceptos constitucionales y legales, en especial del artículo 355 superior que señala "[n]inguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Como se expuso en los anteriores cargos relacionados con este asunto, la Contraloría se fundamentó en que al demandante le fue imputada una conducta gravemente culposa estableciendo un nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el señor alcalde Mayor y el daño patrimonial a las arcas del Distrito Capital *"teniendo en cuenta que con la expedición del Decreto Distrital 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital"*.

Por lo que, para la Sala es claro que la conducta gravemente culposa atribuida al demandante se ciñó a la "ilegalidad" que advirtió como "juicio de valor" la entidad demandada respecto del mencionado Decreto 356 de 2012, al considerar que fue "negligente" al expedirlo porque no se ajustó al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas, mas no en una conducta grave que constituyera

¹³⁴ Actualizada para para parte resolutiva del fallo de responsabilidad fiscal en \$ 217.204.847.989 moneda legal.

negligencia o imprudencia del señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

Al respecto, se reitera las consideraciones del fallo acusado, así:

a) Frente al daño patrimonial:

"Está demostrado que el señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., para la época de los hechos expidió el Decreto 356 de julio de 2012...

...al establecer la tarifa al usuario; (sic) se presentó un desequilibrio económico entre la tarifa técnica (TT) y la tarifa usuario (TU), la administración distrital transfirió recursos de los ingresos corrientes del Fondo de Estabilización Tarifaria (FET) a título de gasto... se aumentó el déficit tarifario entre la tarifa técnica y la tarifa al usuario, debiendo ser cubierto éste subsidio generalizado a la tarifa con recursos públicos del Distrito Capital, dio lugar al daño patrimonial" (subrayado fuera del texto original)

b) En cuanto al elemento de culpa grave:

"... incurrió en la presunción legal de culpa grave establecida en el numeral 1 (sic) de la Ley 678 de 2001, que se acaba de transcribir, al momento de establecer el margen tarifario mediante el Decreto 356 de 2012, sin tener en cuenta el marco legal que lo regía, (Constitución Política, artículo 355; Ley 1171 de 2007; Decreto 309 de 2009; Decreto 831 de 1999), así como lo estipulado en los Contratos de Concesión, no atendió lo señalado por el CONFIS en Acta No. 16 de 2009, los estudios técnicos y económicos de julio de 2012 y diciembre de 2011 de Transmilenio, entre otros, con su negligencia, al omitir lo anterior, al violar manifiestamente el marco regulatorio mediante la expedición del Decreto 356 de 2012, con la adopción tomada de rebajar las tarifas al usuario de una manera generalizada de Transmilenio y su componente SIPT..." (subrayado fuera del texto original)

c) Y en relación con el nexo causal, la entidad sostuvo lo siguiente:

"El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., en ejercicio de su gestión fiscal, al expedir el Decreto 356 de 2012, sin dar cumplimiento al marco regulatorio que lo regía, al fijar las tarifas señaladas precedentemente, del servicio de transporte urbano masivo de pasajeros del sistema Transmilenio y del componente zonal del Sistema Integrado de Transporte Público "SITP", y establecer una rebaja de las tarifas en forma generalizada, con su actuar negligente, al pretermitir las normas legales, con su conducta gravemente culposa ocasionó un menoscabo, una disminución, a los recursos públicos del Distrito Capital, como quedó demostrado dando lugar al daño patrimonial a las arcas del Distrito Capital por un valor de ...(\$187.538.982.740) M/LEGAL, en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 al 30 de

octubre de 2013...cuantía que... se actualizará..." (subrayado fuera del texto original)

En el presente asunto el daño patrimonial lo derivó la Contraloría distrital de la expedición del aludido Decreto 356 de 2012, al que consideró, según su control de legalidad, contrario al ordenamiento jurídico, pese a que se trata de un acto administrativo con presunción de legalidad, esto es, que se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y, sin que se encuentre acreditado que dicho decreto haya sido declarado nulo o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa, ni que la Contraloría, y tampoco que haya adelantado para tal fin gestión alguna, en virtud de ese control de legalidad, conforme al artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

A su vez, la aludida expedición del Decreto 356 de 2012 también fue el sustento del título de imputación, por lo que, puede concluirse que sin culpa, en este caso, grave, no podía endilgársele la responsabilidad fiscal en cuestión al demandante; pues tal análisis corresponde a un juicio por responsabilidad objetiva. De igual forma, el nexo causal.

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 agente¹³⁵.

De manera que, en procedimientos como el de responsabilidad fiscal, puede encontrarse acreditada la existencia cierta, cuantificada y 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 al demandante, bajo los elementos configurativos que necesariamente deben acreditarse para su declaración.

¹³⁵ Sentencia C-382 de 2008.

3) 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 promovió únicamente el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, a través de su apoderado.

Por lo que, es imperioso aclarar 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 al señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

4) 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; por lo que, la Sala procede a determinar el restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad de tales actos de la siguiente manera:

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

"Segundo. Como consecuencia de lo pretensión anterior, a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efecto la condena impuesta a mi mandante de pagar, en forma solidaria, la suma de DOSCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$217.204.847.989.).

Tercero. Como consecuencia de la pretensión anterior, a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efecto la inclusión del doctor Gustavo Francisco Petro Urrego 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.

Cuarto. Se condene al pago de costas y agencias en derecho a la Contraloría Distrital de Bogotá."

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 60. 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 y,
- ii) elimine la inclusión del doctor Gustavo Francisco Petro Urrego 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

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

aparezca el demandante Petro Urrego como responsable fiscal, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal número 170000-0002/12.

5) 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, 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:

1º) Declárase la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en los siguientes documentos:

a) Fallo 01 del 27 de junio de 2016, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Bogotá falló con responsabilidad fiscal el proceso de responsabilidad fiscal 170000-0002/12, única y exclusivamente en cuanto declaró responsable fiscal al señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

b) Auto del 27 de octubre de 2016, por medio del cual se decidieron los recursos de reposición presentados contra el fallo de responsabilidad mencionado en el numeral anterior, pero única y exclusivamente en cuanto a la declaración de responsabilidad fiscal del señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

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 al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, y dejar sin efectos su inclusión 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 aparezca el demandante Petro Urrego como responsable fiscal, únicamente en lo referente al proceso de responsabilidad fiscal número 170000-0002/12.

3°) Abstiénese 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

Expediente 25000-23-41-000-2017-00512-00
Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego
Demandado: Contraloría Distrital de Bogotá
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

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.