



**CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015)

**REF: EXPEDIENTE Nº 11001031500020140379900
IMPORTANCIA JURÍDICA
ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
C/. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría General de la Corporación de fecha 27 de noviembre de 2014 para resolver el recurso de **súplica** contra el Auto de 13 de mayo de 2014 proferido, en Sala Unitaria, por el Consejero de Estado Doctor Gerardo Arenas Monsalve, que decretó como medida cautelar dentro del presente asunto la suspensión provisional de los efectos de los actos disciplinarios cuestionados.

I. ANTECEDENTES

El señor **Gustavo Francisco Petro Urrego**, mediante apoderado, ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹ contra los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que lo **declaró** responsable disciplinariamente, sancionándolo con destitución e inhabilidad general por el término de 15 años, y **confirmó** esa decisión en sede de reposición, respectivamente, dentro del expediente IUS 2012.447489 IUC D-2013-661-576188.

En escrito separado el accionante, en los términos establecidos en el artículo 230

¹ Previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La demanda, junto con el escrito de adopción de medidas cautelares, se presentó inicialmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda el 28 de marzo de 2014, empero, mediante Auto de 31 de marzo de 2014, la Subsección B de esa Sala lo remitió, por competencia, a esta Corporación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Ley 1437 de 2011.

y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó adoptar como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, argumentando violación de normas superiores y un perjuicio irremediable (fls. 4 a 6).

Frente al *primer aspecto*, esto es la violación de normas superiores, el accionante enunció sus cargos precisando que podían verificarse *in extenso* en el escrito de demanda. En síntesis, el accionante consideró quebrantadas las siguientes disposiciones:

De la Constitución Política:

Artículo 29, derecho fundamental al debido proceso en la medida en que se desconocieron las garantías del **juez natural**, pues el competente para asumir la investigación disciplinaria era el Procurador General de la Nación y no la Sala Disciplinaria de la Entidad; **contradicción y defensa**, dado que no se decretaron pruebas pertinentes y conducentes solicitadas en debida forma, ni se hizo una valoración integral a las existentes; **presunción de inocencia**, existiendo un prejuicio desde el pliego de cargos; y, **sujeción a un procedimiento preestablecido**, en cuanto debió adelantarse un proceso verbal y no ordinario.

Artículos 40, derecho político a elegir y ser elegido; **103**, que regula la revocatoria del mandato como mecanismo de participación democrática; y, **259**, sobre el mandato dado por los electores al Alcalde de cumplir el programa que presentó al inscribirse como candidato.

Artículos 277 y 278, que prevén las funciones delegables y no delegables del Procurador General de la Nación, indicando el actor que como en su caso la investigación se adelantó por infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, la competencia, conforme al artículo 278.1, era del supremo director del Ministerio Público.

Artículo 370, en la medida en que la Procuraduría General de la Nación asumió la competencia constitucional asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

El artículo 23.2, que estipula taxativamente los criterios que pueden tener en cuenta los Estados para reglamentar el ejercicio de derechos políticos, considerando válido acudir al supuesto de una **condena**, pero que de manera exclusiva haya sido proferida por juez competente en un proceso penal.

De la Ley:

Artículos 2 y 3 del Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002, al desconocer el principio de titularidad de la acción disciplinaria.

Ley 734 de 2002, pues la Procuraduría General de la Nación incurrió en yerros al tipificar las faltas imputadas, y analizar su ilicitud sustancial y culpabilidad. Al respecto indicó el actor, en síntesis de la Sala, que:

Tipicidad. Aunque no se desconoce que en materia disciplinaria existen tipos en blanco, que requieren para su adecuado entendimiento la integración con otras disposiciones que delimiten claramente la conducta sancionable, en este caso no se llenaron esos espacios con enunciados que efectivamente indicaran qué funciones incumplió. Aunado a lo anterior no se adelantó un análisis del porqué las faltas imputadas eran gravísimas, máxime cuando sus conductas fueron calificadas con los criterios de “*inobservancia e imprevisión*”.

Ilícitud sustancial. La configuración de este requisito exige la verificación de que con la conducta, previamente tipificada, se desconoció la finalidad del deber

funcional. Por tanto, no se satisface en los eventos en los que no se afecta el correcto e imparcial desarrollo de la función pública, como sucedió en este caso.

Culpabilidad. En los actos sancionatorios no se adelantó el estudio de culpabilidad de las conductas por las cuales fue investigado, destacando que en materia disciplinaria está proscrita, por virtud del artículo 13 ibídem, la responsabilidad objetiva. Aunado a lo anterior, si sus conductas eran de “*inobservancia e imprevisión*” no debieron calificarse como cometidas a título de dolo, y, finalmente, debió valorarse que la implementación del esquema de recolección de basuras buscó el beneficio de la comunidad y de la administración distrital.

Determinación de la Sanción. En este sentido invoca el actor que la autoridad accionada no tasó debidamente la sanción impuesta, desconociendo los criterios previstos en el artículo 47 ibídem y el principio de proporcionalidad.

Artículo 29 de la Ley 1475 de 2011², concordante con el principio de autonomía regional de raigambre constitucional, dado que ante su destitución el Presidente de la República designó a un Ministro del Gobierno Nacional que pertenece a un partido diferente a aquél por el cual fue elegido como Alcalde.

Decreto 262 de 2000³, en razón a que el artículo 7.22 le da competencia al Procurador General de la Nación para conocer en única instancia de los procesos disciplinarios contra el Alcalde Mayor del Distrito Capital, y esa disposición, concordante con el artículo 278.1 de la Constitución Política, implica que no podía asumir el conocimiento de su proceso la Sala Disciplinaria. Finalmente, el

² “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

³ Decreto con fuerza de ley, a través del cual: “... se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”.

interesado presentó cargos contra los actos demandados de falsa motivación, por error de hecho⁴ y de derecho⁵; y, desviación de poder⁶.

En relación con el *perjuicio irremediable*, la parte interesada adujo que, de no adoptarse la medida cautelar solicitada, al momento en que se profiriera el fallo definitivo probablemente el daño estaría consumado, dado que se está agotando el periodo constitucional para el cual fue nombrado y con ello el ejercicio de su derecho político a ser elegido.

Mediante **Auto de 10 de abril de 2014**, proferido por el Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, se dispuso dar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a la referida solicitud⁷, ordenando que, por intermedio de la Secretaría de la Sección Segunda, se corriera el traslado a la Procuraduría General de la Nación por el término de 5 días.

La Procuraduría General de la Nación, mediante apoderado, recorrió el traslado, analizando el alcance de las medidas cautelares en el marco del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para concluir que la suspensión de los efectos de los actos administrativos no era viable, pues la destitución se ejecutó por el Presidente de la República mediante el Decreto No. 570 de 20 de marzo de 2014, y la inhabilidad se consignó en el registro de antecedentes; por tanto, en esas condiciones, precisó, la medida sería de restablecimiento.

Agregó la Procuraduría que al actor le correspondía la carga de explicar la necesidad y justificación de su petición, lo que no adelantó en debida forma; y,

⁴ Decidir la acción disciplinaria con base en el daño que **pudo** causar la implementación de la política de aseo y presumir que los decretos que la pusieron en marcha son ilegales.

⁵ En la medida, indicó el actor, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para controlar una política pública, ni decidir sobre la legalidad de actos administrativos como el Decreto No. 564 de 2012.

⁶ Al ejercer sus competencias con el objeto de realizar un control político a las decisiones de la Administración Distrital sobre el manejo de las basuras.

⁷ Proveído proferido por el Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve, en Sala Unitaria, en condición de ponente del asunto (fls. 29 a 34).

que, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-887 de 2005, el control disciplinario ejercido por la Procuraduría no excluía al servidor público elegido popularmente, y que la sola destitución no permitía, per se, configurar el perjuicio para darle curso a la medida.

Posteriormente, la Entidad demandada se pronunció sobre cada uno de los cargos invocados, argumentando su competencia para sancionar a un funcionario elegido popularmente; la legalidad de la delegación efectuada a la Sala Disciplinaria para adelantar el trámite disciplinario; y, la sujeción al ordenamiento jurídico de todo el trámite de la investigación, así como la adecuada configuración de las faltas por las que fue investigado y la proporcionalidad de la sanción.

Mediante **Auto de 13 de mayo de 2014** se resolvió de fondo la solicitud de medidas cautelares, providencia sobre la cual recae el recurso cuyo análisis debe abordar la Sala, por tal motivo, se reseñarán estas actuaciones en un acápite independiente.

II. AUTO SUPPLICADO

A través del Auto de **13 de mayo de 2014** el Consejero Ponente de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, Doctor Gerardo Arenas Monsalve, ordenó suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos demandados (fls. 209 a 249)⁸.

Con tal objeto, antes de abordar de fondo la procedencia de la medida, precisó que la falta de ejecutoria del auto admisorio de la demanda no impedía adoptar una decisión frente a este asunto, pues, conforme a lo dispuesto en los artículos

⁸ A través de la misma providencia se negó la intervención, como coadyuvantes de la parte demandada, de los ciudadanos Alberto Camacho Cárdenas y Carlos Fradique Méndez, en la medida en que no acreditaron el interés exigido por el artículo 224 del C.P.A.C.A.; y, en el primer caso, tampoco acreditó su condición de abogado ni intervino mediante profesional del derecho, contrariando lo ordenado en el artículo 159 del C.P.A.C.A.

229 a 235 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, su análisis y resolución se abordaba en un trámite independiente.

A continuación, luego de referirse al alcance de la medida cautelar solicitada en el nuevo marco procesal, **procedió a verificar los requisitos formales de procedencia**. En tal sentido afirmó que:

(i) Consta en escrito separado.

(ii) Recae sobre actos en firme. En este acápite analizó que el Presidente de la República profirió el Decreto No. 570 de 20 de marzo de 2014, a través del cual ejecutó la sanción de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación; y, que ese acto, se dejó sin efectos por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil – Restitución de Tierras, mediante Sentencia de 21 de abril de 2014⁹, ordenándole al Primer Mandatario dar cumplimiento a la medida cautelar 374-13 proferida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la Resolución No. 05 de 18 de marzo de 2013.

Esa decisión judicial, continuó, no recayó sobre los actos frente a los cuales se solicita adoptar la suspensión provisional, por tanto, como se presumen legales y gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, la medida cautelar es viable por este aspecto.

(iii) Se sustenta en la violación de normas superiores, evidenciándose que, contrario a lo expuesto por la parte demandada, se satisfizo la carga argumentativa, dado que se hizo remisión expresa al concepto de violación planteado en la demanda, actuación que es legal al amparo de lo previsto en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

⁹ Proferida dentro del trámite constitucional de tutela promovido por Augusto Verano Muñoz contra la Presidencia de la República y otros.

Administrativo.

(iv) Debe surgir de una confrontación entre el acto acusado y las normas invocadas, lo que, a diferencia de la regulación anterior, no implica la verificación de una manifiesta infracción. En tal sentido, en el Auto se consideró que:

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

(v) Cuando se solicite en la demanda la nulidad y el restablecimiento del derecho, agregó, debe estar acreditado por lo menos sumariamente el perjuicio, tal como lo ordena el artículo 231 ya citado.

En el presente caso, continuó, los actos cuya suspensión se solicita le generan al actor el perjuicio de no poder cumplir el mandato de quienes lo eligieron, a través de su voto, como Alcalde Mayor del Distrito Capital, situación que configura el presupuesto exigido para la adopción de la medida.

Superado lo anterior, el auto se ocupa de **analizar de fondo** la viabilidad de conceder la medida provisional incoada. Con tal objeto, estudió dos aspectos, así:

(i) **Falta de competencia.** En relación con este aspecto, el Ponente manifestó que reiteraba la tesis que expuso en el salvamento de voto que suscribió a la Sentencia de tutela de 5 de marzo de 2014¹⁰, pues consideraba que, conforme a lo estipulado en el artículo 278.1 de la Constitución Política, el trámite disciplinario debió adelantarlo el Procurador General de la Nación. No obstante, precisó, como ese tópico generó una intensa discusión al interior de la

¹⁰ Decisión proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón, radicado No. 2013-06871-01, actor: Gustavo Francisco Petro Urrego, demandado: Procuraduría General de la Nación.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, “*debe ser retomado en la sentencia*”.

(ii) **Violación al debido proceso.** El análisis se centró en la insuficiencia argumentativa sobre el criterio de culpabilidad. El Ponente destacó que, en los términos del artículo 13 del Código Disciplinario Único, la responsabilidad objetiva está proscrita en materia disciplinaria; conforme al artículo 19 ibídem, el acto sancionatorio debe estar debidamente motivado; y, según el artículo 128 ibídem, la sanción debe estar fundada en las pruebas legalmente aportadas, subrayándose que en estos casos la carga de la prueba es del Estado.

Luego, en la providencia se hizo referencia a la primera falta imputada al accionante a título de dolo¹¹, destacando lo expuesto por la Procuraduría General de la Nación sobre el criterio de culpabilidad, transcribiendo el siguiente aparte:

“En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva; conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público se (sic) aseo en la ciudad de Bogotá. Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, aspecto que se evidenció en la determinación sobre el entonces director de la UAESP y los gerentes de la EAAB y la Empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los contratos interadministrativos 017 y 809 de 2012, los cuales fueron totalmente irregulares porque ninguna de estas empresas contaba con la experiencia y la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio público de aseo en la ciudad capital...”.

A continuación se refirió al concepto de *dolo* en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-319A de 2012, concluyendo que su comprobación exige el análisis del elemento volitivo o motivación del acto, afirmó que:

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

¹¹ La prevista en el artículo 48.31 del Código Disciplinario Único.

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

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

De manera similar, sobre la segunda falta que se imputó a título de dolo¹², expresó que el análisis de culpabilidad se sustentó en el “querer”, lo que no evidencia por sí solo la “*voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición*”. Por tal motivo, concluyó el Ponente que “*no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico.*”.

Finalmente, adujo que pese a que estaba acreditada la violación a deberes funcionales, la fijación de la sanción debió tener en cuenta los criterios legales para determinar su levedad o gravedad, análisis que no se encuentra en los actos demandados y lesiona el principio de proporcionalidad.

III. RECURSO DE SÚPLICA

Contra la anterior decisión la Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado, interpuso el recurso de súplica, conforme a lo estipulado en el artículo 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitando revocar la decisión y, en su lugar, negar la medida cautelar (fls. 266 a 287). En el escrito manifestó, en síntesis, lo siguiente:

¹² Estipulada en el artículo 48.60 del Código Disciplinario Único.

(i) ***Alcance del recurso de súplica.***

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 236 y 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de súplica se dirige a cuestionar los argumentos que se tuvieron en cuenta en el Auto recurrido, sin que sea procedente introducir los que no fueron considerados por aquél.

(ii) ***Cargos invocados contra el Auto.-***

(ii.1) ***Presupuestos del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para decretar medidas cautelares.*** Bajo esta formulación, la Entidad recurrente presentó los siguientes dos reparos.

(ii.1.1) ***Análisis del acto demandado y su confrontación con normas superiores invocadas como quebrantadas.***

El examen efectuado por el Magistrado Ponente para concluir que no se estudió en debida forma el dolo no es amplio, detallado ni razonado, dado que se fundó exclusivamente en los actos demandados, olvidando que las decisiones de la Procuraduría General de la Nación fueron producto del estudio del material probatorio recaudado en el curso del trámite disciplinario, el cual no obraba en el expediente a la fecha en la que se analizó la solicitud de medidas cautelares.

El estudio de la culpabilidad es muy complejo y no puede adelantarse sin la perspectiva que ofrece la totalidad de la investigación, por tanto en casos recientes ese aspecto se ha reservado a la decisión final¹³. Conforme a lo estipulado en el artículo 231 en referencia, la prosperidad de la petición de cautela depende de que el interesado haya demostrado plenamente su

¹³ Sobre este aspecto citó la Sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, de 26 de marzo de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 2746-2012, actor: Víctor Virgilio Valle Tapia.

necesidad y justificación, supuestos que no se cumplieron en este caso.

Por último, como la finalidad de las medidas provisionales es la protección de la marcha normal del proceso, tanto el objeto del mismo como la efectividad de la sentencia tienen igual alcance para las partes.

(ii.1.2) Prueba de los perjuicios cuando en la demanda se pretende el restablecimiento del derecho.

Según lo sostenido en el Auto suplicado, la imposibilidad de culminar el periodo para el cual fue elegido el actor como Alcalde del Distrito Capital permitió la configuración del perjuicio, a título de presunción. Esa conclusión, continuó, incurre en error pues desconoce que la misma Corte Constitucional¹⁴, en providencia que fue acogida por el Consejo de Estado en sede de Tutela en este mismo caso, ha considerado que la sanción impuesta a un funcionario electo popularmente no implica, per se, una violación a un derecho fundamental, dado que es expresión de una facultad de investigación que otorga la misma Constitución Política a la Procuraduría General de la Nación.

En el Auto, continuó la recurrente, no se valoró que la consecuencia adversa frente a sanciones disciplinarias no deriva del ejercicio de la potestad constitucional asignada a la Entidad demandada, sino de una actuación propia de quien infringió la Ley y es sujeto de esa potestad. Agregó que:

*“(...)
En el caso de autos no se puede avalar la tesis que el sólo hecho de que el actor no pueda culminar su mandato le genera un perjuicio que no necesita ser probado sino que se presume, no sólo porque la sanción disciplinaria obedeció al ejercicio legítimo de la potestad que tiene la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar la conducta de los funcionarios, incluso los de elección popular, sino porque de hacer tránsito dicha tesis, ninguna de las sanciones que en ese sentido impone la Procuraduría o cualquier otra Entidad podrían cumplirse sino luego de que se surtiera o culminara el respectivo procedimiento de lo contencioso administrativo.”*

¹⁴ Sentencia T-887 de 2005.

(ii.2) Elementos constitutivos de la falta disciplinaria: falta del análisis de la tipicidad e ilicitud sustancial.

El reproche disciplinario se configura en aquellos eventos en los que se encuentra probada la violación a una norma que establece una línea de conducta, **tipicidad**; que atenta sin justificación el deber funcional, **ilicitud sustancial**; y, que se comete en alguno de los grados de culpabilidad, **dolo o culpa**. El estudio de la conducta en la que incurre el sujeto de la Ley disciplinaria encuentra un orden de precedencia que no puede ser alterado, esto es, primero se analiza la tipicidad, para luego, de encontrarse acreditada, analizar la ilicitud sustancial y la culpabilidad.

Contrariando lo anterior, en el Auto se abordó el último de los referidos criterios, dando por supuestos los dos primeros sin análisis alguno, lo que constituye una falta de técnica y prejuzgamiento. En tal sentido, se precisó lo siguiente:

(...)

El auto objeto del presente recurso en una carencia absoluta de técnica solo abordó el punto referido a la culpabilidad imputada al Señor Petro Urrego, obviando hacer el estudio de los dos primeros elementos constitutivos de la falta, y procediendo a despachar los mismos dándolos por sentados con la simple afirmación de que se evidencia `una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde Mayor de Bogotá`, lo que no reemplaza la carga argumentativa sobre cuál era su deber funcional y en qué grado se dio la afectación del mismo, requisitos sin los cuales no es posible arribar a la conclusión que el dolo no está debidamente demostrado, pues no se entiende sobre qué deberes y respecto de qué violación sustancialmente ilícita evaluó el grado de intencionalidad en la conducta del disciplinado.

Así las cosas es menester afirmar que efectuar un pronunciamiento sobre la existencia o no de dolo en la conducta sin efectuar una valoración de los elementos de tipicidad e ilicitud sustancial como lo hizo el auto recurrido constituyó un prejuzgamiento, puesto que su decisión implica que se toma una postura definitiva sobre la existencia de una falta que no fue cometida en el grado de culpabilidad reprochado, lo que constituye una decisión de fondo y definitiva sobre el contenido sustancial de las decisiones disciplinarias.”.

(ii.3) Dolo en materia disciplinaria: incorrecta valoración del Magistrado Ponente en el Auto suplicado.

Afirmó la Procuraduría General de la Nación que, según lo sostenido en el Auto suplicado, los actos sancionatorios demandados no ofrecieron una motivación razonable y suficiente, argumentativa y probatoriamente, en relación con el dolo. Frente a esta última categoría, continuó la Entidad recurrente, el Consejo de Estado asumió un concepto que no se acompasa con la doctrina y la jurisprudencia, en la medida en que lo hizo consistir en “*la inequívoca intención (sic) de querer el resultado*”.

En relación con el **resultado**, empero, el Juez no hizo claridad al tipo de lesión que se requiere, olvidando, además, que en materia disciplinaria la falta es de mera conducta, por lo que no se necesita acreditar un resultado lesivo sobre un bien jurídico, sino la transgresión a los deberes funcionales; y, esa lesión fue admitida en el mismo auto suplicado y reconocida por otras entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, que mediante la Resolución No. 25036 de 21 de abril de 2014 sancionó al aquí accionante por violar el régimen de libre competencia.

Frente a los tópicos de **intención y querer**, agregó la recurrente, en el Auto se vincularon exclusivamente al concepto de **voluntariedad**, desconociendo que, en materia disciplinaria, lo relevante es el **conocimiento** de los deberes funcionales y ello es tenido como base de la **intención y el querer**¹⁵. En este sentido, precisó que:

“(…) Los anteriores criterios jurisprudenciales y doctrinales coinciden en que la valoración del dolo disciplinario no depende de la concepción de voluntariedad sino del conocimiento de los criterios normativos que rigen la conducta del servidor público, circunstancia que fue desconocida por parte del Magistrado ponente al momento de definir la solicitud de la medida, ya que en la sustentación de la misma discurre que la Procuraduría solo tuvo en cuenta el ‘querer’ del señor Petro Urrego, considerando que no se tuvieron en cuenta otros elementos relacionados con el grado de culpabilidad, lo que resulta a claras luces contrario a la realidad no solo de los fallos disciplinarios, sino de las pruebas obrantes en el expediente en que consta la actuación, al igual que de decisiones de otros entes de control como la

¹⁵ En relación con este concepto, la Procuraduría General de la Nación citó al doctrinante Carlos Arturo Gómez Pavajeau – “*Dogmática del Derecho Disciplinario*”, 5ta edición, Editorial Externado de Colombia, págs. 443 a 445; y, las siguientes Sentencias proferidas por la Corte Constitucional: T-319 A/2012 y C-155 de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio que fueron aportadas en la debida oportunidad por el suscrito, y que no fueron apreciadas en la decisión que se impugna.”.

En el Auto cuestionado, continuó, se afirmó que la Procuraduría General de la Nación no tuvo en cuenta las motivaciones expuestas por el Alcalde Mayor de Bogotá, tildando su actuación de un mero capricho; empero, esa afirmación desconoce que se analizó el comportamiento voluntario del funcionario en sus actuaciones y, además, el conocimiento de sus deberes funcionales previos al actuar, destacando en este apartado la valoración que se adelantó en relación con las dos primeras, de las tres, faltas por las que fue sancionado. En tal sentido puntualizó lo siguiente:

“... la providencia mediante la cual se decretó la medida cautelar efectuó una incorrecta apreciación del dolo, ya que no tuvo en cuenta el componente relativo al conocimiento de la ilicitud, el cual resulta preponderante en la definición de este grado de culpabilidad, pues sin el mismo se desconoce cómo pese a que el disciplinado se le había puesto de presente la ilegalidad de sus actuaciones, decidió obrar en contravía del marco normativo que regía sus deberes funcionales, lo cual constituye plenamente dolo disciplinario.”.

En la medida en que la valoración de la culpabilidad, advirtió la Entidad recurrente, es un **asunto probatorio y no de motivación**, no era dable efectuar dicho análisis sin contar con la actuación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación. Asimismo, extraña el hecho de que reconociéndose por el Magistrado ponente la tipicidad e ilicitud sustancial se suspendieran los actos, cuando en el fallo podía modificarse la culpabilidad, por tanto, la medida cautelar pone en peligro la efectividad de la sanción.

El análisis de la medida cautelar, por su parte, desconoce que, según lo sostenido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el fallo de 11 de diciembre de 2012¹⁶, la competencia del Juez administrativo no es de corrección sino de legalidad; y esa decisión judicial, obliga al operador jurídico por virtud de lo dispuesto en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de

¹⁶ Actor: Fernando Londoño Hoyos, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

lo Contencioso Administrativo.

(ii.4) **Error insoslayable al omitir el estudio de una falta disciplinaria**

Finalmente, argumentó la parte recurrente, la medida cautelar se decretó sin analizar la última de las faltas que se imputaron al accionante, la cual se consideró gravísima y cometida a título de culpa gravísima, configuración que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del Código Disciplinario Único, también da lugar como sanción a la destitución e inhabilidad general.

En ese sentido, se desconocen los fines esenciales del Estado, al suspender un acto sin haberse valorado una de las conductas sancionadas. En tal sentido, la Procuraduría General de la Nación precisó que:

“La norma es clara al determinar que la sanción aplicable a las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, como la que corresponde a la que no fue descartada por el Magistrado Ponente es la destitución e inhabilidad, razón por la cual no es factible en virtud de los fines del estado social y democrático de derecho que se suspendan los efectos jurídicos de un fallo, cuando una conducta de gran gravedad sigue incólume, pues ello deviene en la existencia de una impunidad disciplinaria que resulta contraria a los principios de la función pública y a la moralización que de la misma le corresponde tanto al operador disciplinario como al juez contencioso.”.

IV. TRÁMITE DADO AL RECURSO DE SÚPLICA

- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Secretaría de la Sección Segunda fijó en lista el recurso de súplica interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de **13 de mayo de 2014** (fl. 289).
- En el término legal la parte accionante presentó memorial oponiéndose a la prosperidad del recurso incoado por la Entidad demandada, argumentando, en síntesis de la Sala, que:

(i) Contrario a lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación, en razón a que el trámite de medidas cautelares guarda familiaridad con el derecho de amparo preventivo, de naturaleza constitucional la mayoría de ocasiones, el Juez no está limitado sustancialmente a lo decidido previamente, correspondiéndole adelantar un juicio integral de la situación¹⁷.

(ii) Conforme al artículo 170 del Código Disciplinario Único, el fallo disciplinario debe contener el análisis de las pruebas en que se basa y del criterio de culpabilidad, por tanto, si en el acto administrativo ese estudio no se realiza adecuadamente, se configura un quebrantamiento de las normas en que debía fundarse y se lesiona el derecho de defensa, como sucedió en este caso.

(iii) Los documentos en los que fundó la Procuraduría General de la Nación el análisis del dolo no tienen la entidad suficiente para su configuración, destacándose que el Decreto 564 de 2012, expedido por el actor para garantizar la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, no ha sido declarado nulo por la autoridad judicial competente;

(iv) La Procuraduría General de la Nación cuestionó la noción de dolo adoptada en el Auto suplicado, basándose en la teoría del *dolo presuntivo por conocimiento normativo del deber*, tesis que actualmente no es de recibo y cuya mutación ha sido promovida desde la misma Entidad. Al respecto, indicó que: *“(...) Esta corriente ha tenido una variación guiada por el principio del garantismo que rige el derecho sancionador y que ha sido una de las políticas que ha implementado el Dr. Alejandro Ordoñez en su paso por el Ministerio Público, no de forma autónoma, sino en seguimiento de los estándares internacionales del proceso disciplinario. // Principalmente puede atribuirse esta evolución al arraigo de la proscripción de la responsabilidad objetiva que rige en el derecho sancionador y que está expresamente plasmada en el artículo 13 de la ley 734*

¹⁷ Sustentó su petición en lo sostenido por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, en providencia de 26 de marzo de 2014, con Ponencia del Consejero de Estado Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 0263-2013, actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo.

CDU y en el artículo 29 de la C.P.”. En el recurso, continuó el accionante, la Entidad no demostró que tuvo en cuenta el criterio de voluntariedad para determinar el dolo, por tanto, no hay lugar a revocar la medida cautelar decretada en el Auto suplicado.

(v) Teniendo en cuenta que la sanción impuesta al accionante fue integral, el vicio detectado en punto a la culpabilidad genera efectos en toda la actuación, y no en cada una de las conductas, por tanto la suspensión provisional no podía fraccionarse.

- Con el objeto de potenciar el debate, mediante Auto de 28 de mayo de 2014 el Magistrado Ponente del recurso de súplica dispuso que, por intermedio de la Secretaría de la Sección, se corriera traslado del anterior documento a la Procuraduría General de la Nación (fl. 335)¹⁸.

- Dentro del término concedido, la Entidad demandada presentó escrito reiterando los argumentos expuestos en el recurso de súplica, refiriéndose a cada una de las pruebas que citó el actor en el memorial a través del cual recorrió el traslado al recurso de súplica y precisando que aquellas, acompañadas de otras, permitían a la Procuraduría General de la Nación afirmar que el actor incurrió en las dos primeras faltas endilgadas a título de dolo. Asimismo, reiteró que la no valoración de la tercera falta, imputada bajo el criterio de culpa gravísima, vicia el Auto que decretó la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos cuestionados. Finalmente, precisó que (fls. 355 a 377):

*“(...) es importante advertir que como se desprende tanto del recurso, como de su réplica, y de este escrito **la discusión que se presenta en este momento es de tal envergadura y profundidad que se debe dar en el decurso del proceso y no en este escenario previo y preventivo, que por más amplitud que le haya otorgado la nueva codificación, no puede despojarle lo que en derecho le corresponde a las demás etapas del proceso judicial, ni constituirse en un juzgamiento del fondo del asunto propio solo de la sentencia.***
(...)”.

¹⁸ Este Auto fue objeto de recurso de reposición por la parte actora, no obstante, mediante Auto de 17 de junio de 2014, se confirmó lo allí resuelto.

- Mediante **Auto de 26 de agosto de 2014**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó el conocimiento y decisión del recurso de súplica ejercido por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de 13 de mayo de 2014, que decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos sancionatorios cuestionados, argumentando la necesidad de sentar jurisprudencia y la existencia de un asunto de importancia jurídica y trascendencia social (fls. 419 a 426).

Contra la anterior decisión la parte actora ejerció recurso de reposición, el cual, **mediante Auto de 19 de noviembre de 2014** suscrito en Sala Unitaria por la ponente de este asunto, se rechazó por improcedente conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo a los argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación en el recurso de súplica incoado contra el Auto de 13 de mayo de 2014, que suspendió los efectos de los actos administrativos sancionatorios cuestionados en este proceso, así como los motivos de oposición a ese mecanismo de impugnación aducidos por la parte actora, relatados *in extenso* previamente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: (i) procedencia del recurso de súplica y competencia del juez en su resolución; (ii) medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo; y, (iii) análisis de los cargos presentados por la Entidad recurrente contra el Auto de 13 de mayo de 2014.

(I) Procedencia del recurso de súplica y competencia del juez en su resolución.-

La configuración del recurso ordinario de súplica, así como la de todos aquellos medios de impugnación ordinarios previstos por el legislador en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es expresión de la libertad de configuración legislativa¹⁹, y materialización de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, en un marco normativo que pretende corrección material y seguridad jurídica.

La maximización de cada uno de los derechos en juego y de los ideales del sistema jurídico, antes referidos, exige una adecuada ponderación, en la que se valore que el objeto del proceso de lo contencioso radica en la efectividad de los derechos subjetivos, sin que por ello, en todo caso, pueda afirmarse que el juez, ahora con más amplias facultades de instrucción, pueda desconocer su competencia reglada, o las partes evadir sus cargas, pues ese componente de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad que implica la sujeción a reglas preestablecidas es necesario para que la decisión judicial se considere justa. Tal es el sentido del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece lo siguiente:

“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

...

Quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.”

La citada norma, acudiendo a la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo, fue concebida en los siguientes términos:

“(…)

¹⁹ Prevista en el artículo 150 numerales 1 y 2 de la Constitución Política. Libertad que, en todo caso, cuenta con límites sustanciales tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-124 de 2011 y C-543 de 2011.

Doctor Aponte: ... Además me parece importante resaltar que el Decreto 01 de 1984 obviamente no contempla todas las transformaciones de la Constitución de 1991, y es por eso que mencionar aquí la efectividad y primacía de los derechos fundamentales sería un mensaje muy importante para los jueces y para todos los ciudadanos... En resumen, sugiero que mantengamos el llamado a, por lo menos, algunos principios constitucionales relevantes en el tema procesal.

...
Doctor Hernández: ... Tal vez, a los principios a los que habría que hacer mención en el Código son a los principios constitucionales que tienen relación directa con el procedimiento, como la igualdad, el debido proceso, la buena fe y la prevalencia del derecho sustancial. Todo esto con la premisa de la efectiva garantía de los derechos fundamentales.

(...)²⁰.

Lo anterior permite a la Sala indicar que en el marco del proceso contencioso administrativo el juez debe sujetarse en sus actuaciones a los procedimientos previstos por el legislador, y exigir a las partes idéntica sujeción a la normativa, propendiendo por la conservación del equilibrio de la relación procesal y demandando de las partes el acatamiento de sus cargas.

Este imperativo, sin embargo, no puede desconocer la pretendida justicia material, por tanto, existirán casos en los que el grave quebrantamiento de derechos subjetivos o el comprometimiento de intereses estatales superiores, entre otras razones que no corresponde ahora establecer, exija una intervención más activa por parte del juez, incluso cuando las partes no hayan asumido de manera estricta sus cargas, ocasiones en las que, en todo caso, la legalidad y legitimidad de la actuación dependerá de la valoración y justificación que efectúe el operador judicial.

En este escenario, y dado que lo que se estudia en esta oportunidad es un recurso de súplica contra la providencia que decretó como medida cautelar la suspensión de los efectos de los actos administrativos cuestionados, debe analizarse al amparo de la disposición normativa pertinente los elementos para su procedencia y el marco de decisión que fija al juez que la resuelva.

²⁰ Aparte tomado del libro "Memorias de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo - Volumen III - La Ley y los debates de la Comisión de Reforma - Parte A". Las intervenciones referidas se toman de un conjunto que ofrece el mismo sentido.

Así, el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé lo siguiente:

“El recurso de súplica procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario. Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda. El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.”.

Del enunciado transcrito se evidencian las siguientes reglas relevantes para el asunto: (i) la súplica cabe frente a decisiones por naturaleza apelables y proferidas en segunda o única instancia por el Magistrado Ponente; (ii) debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto; (iii) el escrito debe contener los motivos en que se funda; (iv) en garantía del debido proceso, debe correrse traslado por el término de 2 días a la parte contraria; y, (v) el juez competente para su resolución es la Sala a la que pertenezca el Ponente de la decisión suplicada, con exclusión de éste.

De los referidos elementos, se subraya que el legislador estableció *expresamente* que el recurrente, en súplica, debe manifestar los motivos de inconformidad frente a la providencia judicial, carga que encuentra sustento en la necesidad de transparencia discursiva en el escenario judicial entre los intervinientes.

Por tal motivo, el juez que resuelva la súplica está restringido a abordar aquellos cargos propuestos por el recurrente, que son los mismos frente a los cuales la parte contraria tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión del traslado contemplado en la misma norma; sin perjuicio, como se afirmó previamente, de que las exigencias del caso le impongan al juez un mayor espectro de análisis, asumiendo la carga argumentativa respectiva.

Finalmente no sobra advertir que, tal como ocurre con el recurso de apelación, el Juez al conocer la súplica es competente para revocar o confirmar en su integridad la decisión, extremos entre los cuales puede proferir otro tipo de decisiones que permitan la adopción de un pronunciamiento en derecho.

Analizando los citados presupuestos en el caso objeto de estudio, encuentra la Sala que: (i) el Auto de 13 de mayo de 2014 es suplicable, en la medida en que fue proferido por el Ponente dentro de un proceso de única instancia con el objeto de decretar una medida cautelar y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 236 y 243.2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esa decisión es apelable por naturaleza e, incluso, de manera expresa la primera disposición contempla la procedencia del recurso de súplica; (ii) se interpuso en el término legal, según el informe de Secretaría de la Sección Segunda obrante dentro del expediente; (iii) la parte interesada, en este caso la Procuraduría General de la Nación, expuso las razones en que se funda; (iv) se corrió el respectivo traslado a la parte actora; y, de otro lado, (v) la decisión se adopta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con exclusión del Magistrado Ponente que profirió la decisión suplicada, atendiendo a lo resuelto en el Auto de 26 de agosto del presente año.

Por último, en la medida en que en este asunto a las partes se les ha garantizado el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, y, en efecto, han contado con medios adecuados para su concreción en la medida en que, de un lado, se encuentra el Alcalde del Distrito Capital, y, de otro, la Procuraduría General de la Nación, la competencia de la Sala se someterá a dilucidar los cargos invocados.

(ii) Medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011. Suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.-

En este apartado la Sala efectuará un estudio sobre los siguientes aspectos: (1) naturaleza, características y presupuestos de las medidas cautelares; (2) las medidas cautelares en el marco del proceso de lo contencioso administrativo - antecedentes y derecho comparado; y, (3) medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011. Suspensión de los efectos del acto administrativo - Diferencias con el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984.

(ii.1) Naturaleza, características y presupuestos de las medidas cautelares.

La expresión “*el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón*”²¹, propuesta por Giuseppe Chiovenda en el año 1921, sintetiza la razón de ser de la medida cautelar, y pone en evidencia los intereses en colisión. Esto último se afirma, en cuanto no se puede desconocer que la corrección de una decisión judicial no solo se valora desde su conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico y su incidencia en la eficacia material de los derechos, sino desde las garantías que acompañan su formación y que exigen el transcurso del tiempo.

Esta tensión, que no podría resolverse sacrificando cualquiera de los extremos pues son relevantes para el ordenamiento constitucional, encuentra una solución ponderada en la institución de la medida cautelar, entendida doctrinalmente como el *instrumento del instrumento*, esto es, la vía para garantizar la eficacia de la decisión judicial definitiva, la que, a su turno, tiene por objeto materializar el valor justicia. Al respecto, el profesor Piero Calamandrei, en su obra “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, indicó lo siguiente:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar en derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las

²¹ Chinchilla Marín, Carmen. “*Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España*”, www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf, pág. 1.

providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento."²².

La instrumentalidad es una de las notas características que de manera consistente se evidencia al consultar la doctrina especializada, dado que la medida cautelar se encuentra atada a un proceso en el que se discute el derecho y al que le sirve como garantía de la efectividad de la decisión principal que dentro del mismo se adoptará.

La provisoriedad, autonomía y mutabilidad se unen a las notas de identificación del instituto en estudio. La primera de ellas, hace referencia al hecho de que la medida cautelar nace a la vida jurídica por un tiempo determinado, esto es, sus efectos son interinos, pues necesariamente se extinguen al proferirse la decisión principal dentro del proceso. La segunda, dado que la medida cautelar tiene sus propios requisitos de procedencia, su estudio es diferente al que se asume para el fondo del asunto, y su finalidad se dirige a conservar la materia en litigio y garantizar la eficacia de la sentencia. Y, por último, la mutabilidad consiste en que la medida cautelar atiende a la variación de las circunstancias que tengan incidencia para su definición, o, dicho de otra manera, en el marco del proceso y aún antes de proferirse la decisión principal la medida cautelar puede modificarse en cualquier sentido.

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

²² Perú. Ara Editores EIRL. 2005. Pág. 45.

mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.

Sobre este tópico, el profesor Piero Calamendrei precisó que el estudio de la medida cautelar exige analizar la apariencia de un derecho y la certeza de un daño por la insatisfacción de un derecho, como consecuencia del tiempo que tarda la administración de justicia en proferir una decisión principal. Al respecto, advirtió lo siguiente:

“... Las condiciones para la providencia cautelar podrían, pues, considerarse estas dos: 1ª la existencia de un derecho; 2ª el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho.

...

Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de una cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria (summaria cognitio). ...

21. I) Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. ...

22. II) Por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo”²³.

Idénticos requisitos fueron considerados por Eduardo García de Enterría, en su obra “*La batalla por las medidas cautelares*”, así²⁴:

“En el ámbito específico del contencioso – administrativo la enseñanza de la doctrina de la Sentencia Factortame, del Tribunal de Justicia de las Comunidades, me parece especialmente relevante. Por tres motivos, al menos:

...

B) Porque pone de relieve (...), finalmente, cuáles son los fundamentos y el alcance de la tutela cautelar. No es solo el afán de evitar perjuicios irreparables, como pretende el artículo 122 de la Ley, pues la protección cautelar no debe ser otorgada si a la pretensión del demandante le falta la apariencia de buen derecho (o, desde la otra perspectiva, si la posición de la Administración aparece prima facie como fundada); el fumus boni iuris, ni mencionado en la Ley, ni utilizado, que yo sepa, por

²³ Págs. 77 y 78 de la obra ya citada.

²⁴ Editorial Thomson Civitas. 2006 Págs. 124 y 125.

*la jurisprudencia, es siempre la verdadera causa; la irreparabilidad de los perjuicios, o mejor la frustración en otro caso de la Sentencia es una condición previa. (...)*²⁵.

Ahora bien, la aplicación de medidas cautelares en el marco de procesos contencioso administrativos ha generado no poca resistencia atendiendo a que lo que se cuestiona es la actuación de la Administración. Progresivamente, empero, tal como se verá a continuación, el avance en la interpretación del rol que debe cumplir el derecho ha permitido la consolidación de la figura de la suspensión del acto administrativo, clasificada doctrinalmente como una medida negativa, y la incursión de otras de contenido positivo²⁶ que materializan eficazmente la tutela judicial efectiva.

(ii.2) De las medidas cautelares en el marco del proceso de lo contencioso administrativo - Antecedentes y Derecho comparado.

En el sistema jurídico colombiano, desde la expedición del primer Código Contencioso Administrativo, adoptado mediante la Ley 130 de 13 de diciembre de 1913²⁷, hasta el Decreto 01 de 2 de enero de 1984, la suspensión provisional

²⁵ En sentido similar consultar a Góngora Pimentel, Genaro. La suspensión en materia administrativa. México. Editorial Porrúa. 2005. Págs. 154 y 155, que consideró lo siguiente: “...La suspensión tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción mientras dura el proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza. Sin ese peligro, que hay que frenar con la suspensión, para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares.

La medida cautelar exige, por ello, un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro de la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que es el que se hace sobre la existencia del derecho, cuya tutela se solicita a los tribunales, es decir, sobre la existencia de la apariencia de un derecho.”.

²⁶ Sobre el entendimiento de una medida positiva, el profesor Piero Calamandrei en su obra antes citada, expuso lo siguiente: “... Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. ... debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos, que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (...)”, págs. 48 y 49. Por su parte, Ezequiel Cassagne, en su artículo “Las medidas cautelares contra la Administración, en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Director Juan Carlos Cassagne, La Ley, Provincia de Buenos Aires, 2007, manifestó lo siguiente: “Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, pudiendo ser obligaciones de dar o de hacer(i). Este tipo de medidas deja de lado la interpretación ortodoxa del principio de la división de poderes, por una interpretación más flexible acorde a la realidad de los tiempos actuales. En este escenario, teniendo en cuenta que la decisión jurisdiccional que las concede, en lugar de mantener el estado de hecho o de derecho preexistente, modifica dicha situación en beneficio del particular, se observa un criterio restrictivo en la apreciación de los presupuestos necesarios para su dictado”. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf .

²⁷ “Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, proferida en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910. Al respecto, en el artículo 59 literal d), que reguló el

del acto administrativo se constituyó en la única cautela posible en procesos contencioso administrativos.

Constitucionalmente la suspensión provisional del acto se consagró por primera vez en el artículo 193 de la Constitución de 1886, con ocasión de la reforma promovida mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945, en los siguientes términos: “*la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente **los actos** de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*” Negrilla fuera de texto. Posteriormente, la Constitución Política de 1991 precisó en el artículo 238²⁸ que la misma Jurisdicción podía suspender provisionalmente **los efectos de los actos administrativos** susceptibles de impugnación judicial “*por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley*”.

La entrada en vigencia de la actual norma superior, y con ella la configuración del modelo estatal como social de derecho, implicó no solo el reconocimiento formal de un amplio catálogo de derechos sino la incorporación de garantías para su materialización y defensa efectiva. En este contexto, y por la trascendencia de esa transformación para la comprensión de las medidas cautelares, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial confrontaron directamente la actuación de los jueces en esta materia, de cara a la necesidad de ofrecer al ciudadano instrumentos eficaces para la defensa de sus intereses, con el objeto de lograr la justicia material.

De manera concreta, la interpretación restrictiva para la procedencia de la suspensión provisional del acto, como se profundizará más adelante, y la inexistencia de medidas adecuadas y necesarias para lograr una protección judicial oportuna y efectiva, impidió al juez de la jurisdicción especializada

proceso de nulidad de las ordenanzas y otros actos de las Asambleas departamentales, previó que en el primer Auto proferido dentro del trámite se dispondría sobre “*la suspensión provisional del acto denunciado cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave*”.

²⁸ Título VIII – De la Rama Judicial, Capítulo III – De la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

intervenir de manera más activa, dando paso a que muchos temas reservados en principio a la jurisdicción de lo contencioso administrativo fueran conocidos por el juez de tutela, con el objeto de garantizar derechos constitucionales fundamentales, y ante la ineficacia del medio ordinario de defensa²⁹.

Así pues, en aras de dinamizar el derecho contencioso administrativo bajo la normativa constitucional que necesariamente lo irradia³⁰, como ocurre en los demás campos de lo jurídico, la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae consigo, en relación con el trámite del proceso judicial, un compromiso más fuerte frente al derecho a una tutela judicial efectiva³¹, el cual se acompasa mejor con los mandatos impuestos por la Constitución y con las normas sobre derechos humanos, tanto del sistema universal³² como interamericano³³.

Evidencia clara de tal afirmación es la nueva regulación sobre medidas cautelares³⁴, que, en lo sustancial, le permite al Juez adoptar decisiones idóneas,

²⁹ Al respecto, ver la Sentencia SU-039 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Doctor Antonio Barrera Carbonell.

³⁰ Sobre este fenómeno, se puede advertir lo siguiente: “... el derecho administrativo no está constitucionalizado porque uno o varios artículos de la Constitución le sirvan de base, sino porque el Derecho administrativo, apreciado en su conjunto, no solo no contradice algún artículo de la Constitución, sino porque revela sus fines, sus valores, sus principios, es decir, porque se encuentra imbuido de esta.

La constitucionalización le aporta así al Derecho administrativo sistematicidad, lo estructura como un cuerpo elaborado alrededor de unos mismos valores; lo guía hacia la consecución de uno (sic) fines socialmente fundamentales y en su aplicación a la función administrativa, le permite flexibilidad en la búsqueda de esos fines. (...)”. Ospina Garzón, Andrés Fernando. La constitucionalización del Derecho administrativo - XV Jornadas internacionales de Derecho Administrativo. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2014. Págs. 14 y 15.

³¹ Derecho que, con independencia de que se considere como autónomo o ligado necesariamente al acceso a la administración de justicia, implica, entre otros supuestos, la existencia de recursos idóneos, desde un punto de vista material y no meramente formal, para la satisfacción de los derechos subjetivos en discusión.

³² Al respecto, el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso judicial efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”.

³³ El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”.

³⁴ Al respecto, el doctrinante Luciano Parejo Alfonso, sostiene que “la efectividad de la tutela judicial, al menos de la contenciosa administrativa que aquí importa, depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la administración y esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa”. Parejo Alfonso Luciano, Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Madrid, Civitas, 1983, pag 264.

necesarias y adecuadas para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, como contrapartida a una posición privilegiada que aún hoy mantiene la Administración como garante del interés público y que se refleja en aspectos tales como la presunción de legalidad de sus actos y el principio de ejecutoriedad³⁵.

Tales variaciones se sintetizan en la adopción de un sistema plural de medidas cautelares, de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión³⁶; en la posibilidad de que se decreten en todos los procesos declarativos de que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso; y, en la existencia de las llamadas medidas cautelares de urgencia, *inaudita altera pars*.

La nueva regulación se inscribe, además, en la tendencia de otros sistemas normativos que desde hace varias décadas reclaman de la administración de justicia unas potestades que permitan garantizar no solo la expedición de una decisión ajustada al ordenamiento, sino la eficacia material de los derechos en discusión. En relación con este cambio normativo el ex Consejero de Estado Doctor Mauricio Fajardo Gómez, en su intervención durante el Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestó lo siguiente:

³⁵ Al respecto, Juan Carlos Cassagne, en “*Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*”, manifestó que: “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público.”. Tomado de Ezequiel Cassagne. Las medidas cautelares contra la administración. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf

³⁶ Esta configuración, empero, ha generado resistencia en parte de la doctrina Colombiana. En tal sentido, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, manifestó lo siguiente: ““*En mi opinión el desborde lo produce el art. 230 que enuncia las principales medidas, ya que sus distintos numerales permiten dar a entender que son, en la mayoría de casos, autosatisfactivas o anticipativas. Por eso mismo considero que frente a los procesos simplemente declarativos, como son los correspondientes a las acciones que en esta obra denominados de rango legal, las medidas sólo podrán ser preventivas o a lo sumo suspensivas de los efectos de los actos administrativos y eso por expresa permisión constitucional (art. 238). Situación distinta se da en los procesos de compulsión (de tutela y populares) porque en éstos la protección de derechos de mayor jerarquía, como son los fundamentales y los derechos e intereses colectivos, imponen medidas de protección de carácter excepcional que no permiten la dilación de los procesos de simple declaración.*” Derecho procesal Administrativo. Colombia. Señal Editora Ltda. 2014. Pág. 365

“La actualización que en relación con este asunto se produce en el derecho administrativo colombiano con la expedición de la Ley 1437 de 2011 marcha por la senda de la evolución que imponen tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la propia Constitución Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina de naciones con significativa influencia en la cultura jurídica colombiana ..., en la medida en que todos a una propenden por el reconocimiento y garantía de una efectiva tutela o amparo judicial de los derechos de los ciudadanos, derechos que han de ser sustancialmente protegidos mediante el eficaz acceso a una Administración de Justicia que debe contar con los instrumentos necesarios y suficientes para hacer realidad el ilustrativo y lleno de tino postulado enunciado por el Tribunal de Luxemburgo en el sentido de que ‘la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón’”³⁷.

De las referidas experiencias, merece la pena citar que en Italia una decisión judicial del 25 de junio de 1985 permitió extender la cláusula general y abierta de medidas cautelares aplicable en materia civil a los asuntos propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Mientras que en la jurisdicción de la Comunidad Europea, a través de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, conocido como Factortame I³⁸, se dispuso adoptar como medida cautelar la suspensión de las normas del derecho del Estado que fueran en contravía del sistema comunitario. Finalmente, en la misma vía, en España se adoptó la Ley 29 de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se permitió la adopción de cualquier medida cautelar para garantizar la efectividad de la sentencia³⁹.

En México, en el marco de la estructura del poder judicial de la Federación⁴⁰, la suspensión de actos administrativos debe ser vista necesariamente atendiendo

³⁷ Aparte tomado de la publicación que sobre tal evento realizó el Consejo de Estado, con apoyo en la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República.

³⁸ En un caso promovido por compañías de pescadores españoles contra el Reino Unido, ante la Jurisdicción de ese país, por la permanencia de una política pesquera que limitaba su libertad de explotación económica, en contravía del Tratado de Roma y de la política pesquera del Derecho comunitario Europeo.

³⁹ Al respecto, en la exposición de motivos se expresó lo siguiente: “... la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes, sin concesión alguna a tentaciones formalistas, las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios. La preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado constituye uno de los ejes de la reforma. Pues es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución.”

⁴⁰ Derivada de lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, debe advertirse que, por virtud de lo estipulado en el artículo 116 ibídem, los Estados también cuentan con su respectiva estructura del poder judicial, por lo que, como sucede en otras áreas del derecho,

a disposiciones Constitucionales y legales, pertenecientes estas últimas a la Ley de Amparo⁴¹ y a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo⁴². En este escenario, y bajo las particularidades del ordenamiento jurídico del País referido, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva es evidente desde su propia norma superior, no solo al consagrar en el artículo 17 el derecho fundamental a obtener una justicia pronta, sino al viabilizar la procedencia directa de acciones constitucionales, como la de amparo conforme al artículo 107 fragmento IV, cuando quiera que el mecanismo ordinario imponga para la suspensión de actos de naturaleza administrativa mayores exigencias que las que consagra la misma Ley de Amparo.

Ahora bien, de manera similar a como ha ocurrido en otras latitudes, la discusión sobre los alcances de las medidas cautelares ha pasado por superar su entendimiento meramente conservativo, propio del juego de “Los encantados” a que hace referencia el ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, Genaro Góngora Pimentel⁴³, a considerar la posibilidad de adicionar un reconocimiento provisional⁴⁴, y, posteriormente, a incluir las medidas llamadas

cada uno de ellos ostentan competencia para proferir su propia normativa en materia Administrativa. En este escenario, v. gr., la Asamblea de Representantes del Distrito Federal profirió la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, que, en su artículo 58 y siguientes, para los efectos que interesan a esta providencia, regulan la suspensión del acto administrativo.

⁴¹ Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴² Aplicable a los juicios que adelanta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, cuyo origen se remonta al año 1937 con la creación del Tribunal de Justicia Fiscal, encargado solamente de conocer los asuntos relacionados con esa materia. Progresivamente, empero, por vía de reformas ese Organismo asumió competencias más amplias frente a actos administrativos de diversos temas. Lográndose al final del año 2000 una reforma trascendental de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y del Código Fiscal de la Federación, destacándose la modificación de la denominación del anterior Organismo por la de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que cumple materialmente función jurisdiccional pero que no hace parte de la rama Judicial sino de la rama ejecutiva (artículo 1º de la Ley Orgánica de la misma Corporación). Tomado de la página web de la referida Corporación: <http://www.tff.gob.mx/index.php/el-tribunal/quienes-somos/historia>.

⁴³ La suspensión en materia administrativa. México. Editorial Porrúa. 2005. Pág. 1. El juego de los encantados fue explicado en los siguientes términos: “Un antiguo profesor de la Facultad de Derecho, ..., enseña a sus alumnos que la suspensión del acto reclamado en el amparo, se parece a ese juego que los niños juegan, al que se conoce con el nombre de “Los encantados”. El juego consiste en que “el encantador” persigue a los demás niños, y, si logra tocar a uno de ellos, pronuncia la palabra mágica que es la clave, dice: “encantado”, con lo que éste queda de inmediato detenido, petrificado, en la posición y actitud que tenía en el momento de ser tocado, queda “encantado” y no puede hacer ningún movimiento hasta que el “encantamiento” se levanta. (...) Gramaticalmente la palabra suspensión significa detener o diferir por algún tiempo una acción u obra; equivale, pues, a paralizar algo que está en actividad en forma positiva; y es precisamente en este sentido en que la emplea la ley de Amparo, (...)”.

⁴⁴ Sobre esta evolución ver el artículo “Los poderes del Juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional”, de Eduardo Ferrer Mac Gregor Pisot, basado en su ponencia presentada en el

positivas. En este último sentido, el artículo 26 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, prevé:

“ARTÍCULO 26.- La Sala Regional podrá decretar medidas cautelares positivas, entre otros casos, cuando, tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo.”⁴⁵.

De manera general, en los términos del artículo 24 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo ya citada, la finalidad de la suspensión consiste en impedir que el litigio quede sin materia o se cause un daño irreparable al actor. También es oportuno afirmar que tanto para esa normativa⁴⁶, como para aquella prevista para regular la acción de amparo⁴⁷, la medida no es dable cuando se siga un perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

En Argentina, tal como lo sostiene el doctrinante Roberto Dromi, la suspensión de actos administrativos en vía judicial⁴⁸ procede mientras, paralelamente, se resuelve un recurso en vía administrativa, o, una vez agotadas las etapas ante la

VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México, 2008. http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Seminario_20aniversario/012.pdf.

⁴⁵ Tal como se refirió previamente, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo regula el trámite de los juicios que debe adelantar el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, juicios que están regulados en el artículo 14 de la Ley Orgánica en los siguientes términos: “*El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación (...)*”. Por su parte, es preciso indicar que mediante la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se regula, entre otros temas, los elementos y requisitos del acto administrativo.

⁴⁶ Artículo 28 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁴⁷ Artículo 128 de la Ley de Amparo.

⁴⁸ En Argentina, en atención a la presunción de legitimidad del acto administrativo -equivalente en nuestro ordenamiento a la presunción de legalidad-, los recursos administrativos no suspenden la ejecución ni efectos del acto, por lo que es dable solicitar la suspensión en vía administrativa. Al respecto, el artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo No. 19549, estipula lo siguiente: “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.*” Negrilla fuera de texto.

Administración, en el marco de un proceso jurisdiccional⁴⁹. Al respecto, precisó que:

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si bien por vía de principio las medidas de no innovar no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases “prima facie” verosímiles.”⁵⁰

En el orden Nacional, ante la inexistencia de un Código Contencioso Administrativo, la adopción de medidas cautelares en este campo se viabilizó a través de la aplicación analógica del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece la prohibición de innovar en los siguientes términos:

“Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que:
1) *El derecho fuere verosímil.*
2) *Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.*
3) *La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.”⁵¹*

Frente al alcance de este precepto en materia contenciosa administrativa, el doctrinante J. Ramiro Podetti, manifestó que:

“Si se conviene -como no podría dejar de serlo- que la suspensión no ha de decretarse si el derecho invocado por el particular carece de verosimilitud, es claro que deben reunirse los tres presupuestos de las medidas cautelares para que proceda. Pero, además, frente a la administración pública, son requisitos o notas específicas, su carácter excepcional, de la cual resulta que el peligro en la demora debe ser irreparable, y la prevalencia del interés público, que debe ser cuidadosamente regulado al decretarlas y que puede obstar a su procedencia. Respecto a la verosimilitud de derecho invocado frente a la resolución administrativa, su prueba debe ser rigurosamente confrontada frente al principio de presunción de validez de los actos de los poderes públicos.”⁵²

⁴⁹ De acuerdo a lo sostenido por el doctrinante Julio Rodolfo Comadira, Curso de Derecho Administrativo, la suspensión del acto administrativo también puede darse a través de la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, reglada por la Ley 16986.

⁵⁰ El acto administrativo. Buenos Aires – Madrid – México. Editorial de Ciencia y Cultura e Hispana libros. 2009. Pags. 158 a 169.

⁵¹ Al respecto, el doctrinante J. Ramiro Podetti, en su obra Tratado de las Medidas Cautelares expresó lo siguiente: “... Tal vez, en las cuestiones contencioso-administrativas es donde puede apreciarse con mayor precisión la utilidad de esta medida, y su mayor eficacia frente a otras medidas cautelares, pero es también donde debe usarse con mayor prudencia. (...)”. Argentina. Editorial Ediar. Pág. 386.

⁵² Ibid, págs. 387 y 388.

La posibilidad de decretar medidas diversas a la suspensión, a su turno, se ha venido abriendo paso en aplicación del artículo 232 de la misma normativa, que contempla:

“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

Finalmente, debe repararse en el hecho de que el Código de Procedimiento Administrativo de la ciudad de Buenos Aires, Ley 12008, prevé expresamente la adopción de medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo que se adelanta en dicha Provincia⁵³, cuyos requisitos radican en la verosimilitud del derecho, el peligro de la demora y el interés público; permitiendo la aplicación de cualquier tipo de medida requerida para salvar el objeto del proceso; y, agregando, en el numeral 3º del artículo 22, que:

“3. Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público.”

En Costa Rica, a su turno, conforme a lo estipulado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 3667 de 12 de marzo de 1966, la única medida de cautela posible era la suspensión del acto conforme al artículo 91 y siguientes, cuya procedencia se sujetó al evento en que la ejecución ocasionara daños o perjuicios de imposible o difícil reparación. La decisión judicial en estos casos, también precisó la norma, debía adoptarse previo traslado a la administración demandada, salvo casos especialísimos valorados por el Juez y a petición de parte. Al respecto, indicaban las referidas disposiciones:

⁵³ Norma expedida en virtud de la autonomía que en materia judicial se contempla para las provincias que conforman la Federación, conforme al artículo 5º de la Constitución Política de la Nación.

“Artículo 91.- 1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.

2. Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Artículo 92. La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado.

2. De la solicitud, el Tribunal dará audiencia por tres días a la Administración demandada.

3. Transcurrido el plazo, con contestación o sin ella, el Tribunal resolverá lo procedente.

4. En casos especialísimos, podrá el Tribunal, desde el escrito de interposición y prima facie, ordenar la suspensión, siempre a petición del demandante.

93.- 1. Cuando el Tribunal ordenare la suspensión de plano o cuando se lo solicitare la parte demandada en el otro supuesto, exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder de ellos.

2. La caución habrá de constituirse en depósito de dinero efectivo, valores públicos o aval...”.

Bajo esta normativa, jurisprudencialmente al amparo de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que consagra el derecho al acceso a una *justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*, el instituto de la medida cautelar de suspensión se observó como una garantía de la tutela judicial efectiva, destacando la obligación del Juez de propender por la eficacia de los derechos de los ciudadanos⁵⁴.

En sintonía con tal evolución en la comprensión de la justicia cautelar, se publicó el 22 de junio de 2006 la Ley 8508, contentiva del Código Procesal Contencioso Administrativo, que contempló la posibilidad de decretar medidas cautelares, conservativas, anticipativas o innovativas, con el ánimo de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Al respecto, prescriben los artículos 19 y 20 *ibídem*:

“ARTÍCULO 19.-

⁵⁴ Al respecto ver el documento de Jinesta Lobo, Ernesto. Últimas orientaciones en materia de suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada en el Contencioso Administrativo. Ivstitia. Año 10. N° 109-110. Enero-Febrero. 1996.

1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso.

ARTÍCULO 20.-

Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código.”.

La procedencia de la medida cautelar está sometida, conforme al artículo 21 del referido Código en Costa Rica, a la verificación de los daños o perjuicios graves que se generarían de no obtenerse una intervención por parte del juez, así como del hecho de que la pretensión no sea temeraria o carente de seriedad, de forma palmaria. Se previó en el artículo 22 ibídem, además, que el operador judicial debe considerar al momento de su estudio el principio de proporcionalidad, así:

“Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.”.

También es de resaltar que se contempló, por regla general, la intervención de la Administración antes del pronunciamiento sobre la viabilidad o no de decretar una medida cautelar, sin perjuicio de que dicho trámite pueda obviarse en casos de extrema urgencia, evento en el que se garantizará tal derecho a ser oído con posterioridad. Sobre el cambio dado a través del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, se ha sostenido que:

“El CPCA introduce una serie de figuras novedosas, desde el punto de vista del Derecho Administrativo adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia

*administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla, figuran ... las medidas cautelares positivas -innovativas o anticipatorias-, (...)*⁵⁵.

Como conclusión de este acápite, puede afirmarse que la nueva configuración normativa de las medidas cautelares dentro del proceso de lo contencioso administrativo en Colombia dota de instrumentos al juez especializado para que, como verdadero garante de la juridicidad, satisfaga la justicia material, pretensión que exige, *sine qua non*, el requisito de la oportunidad. Este compromiso, como se ilustra con el estudio de varios contextos, se encuentra en la misma línea de exigencia de otros países que, bajo sus propias características y especificidades, han propendido por cambios similares a los introducidos en la Ley 1437 de 2011.

(ii.3) De las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011. Suspensión de los efectos del acto administrativo - Diferencias con el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984.

En el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, la regulación de medidas cautelares se limitó a la suspensión provisional de actos administrativos, en los siguientes términos:

“Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

- 1) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida;*
- 2) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud;*
- 3) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.”*

La lectura de la referida disposición permite afirmar que, en vigencia de la anterior normativa, operó un sistema de única cautela posible, aplicable solo dentro de

⁵⁵ Jinesta Lobo, Ernesto. La nueva justicia administrativa en Costa Rica: principales innovaciones del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. http://www.ernestojinesta.com/Principales_innovaciones_CPCA.pdf.

procesos contencioso administrativos en los que estuviera involucrada la no sujeción al ordenamiento jurídico de actos administrativos. Aunado a ello, la oportunidad para su invocación se fijó hasta antes de que se admitiera la demanda, agregándose que la solicitud de parte en tal sentido debía estar contenida expresamente en la demanda o en escrito separado.

Sustancialmente, su procedencia se sujetó a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto.

En este contexto, además de las limitaciones de oportunidad y procedibilidad formal, la suspensión provisional del acto administrativo se constituyó en una figura de excepcional aplicación, dado que la expresión de “**manifiesta infracción**”, conforme a la jurisprudencia consistente de las Secciones del Consejo de Estado, se interpretó en el sentido de que la presunta ilegalidad del acto debía aparecer evidente, *prima facie*, sin necesidad de adelantar razonamientos elaborados sobre el objeto del debate. La justificación de tal hermenéutica radicó en la presunción de legalidad de lo actuado por la Administración.

Al respecto, la Sección Quinta, en providencia de 21 de febrero de 2008, con ponencia de la Doctora María Nohemí Hernández Pinzón⁵⁶, manifestó lo siguiente:

“Junto con los requisitos formales, relativos a la oportunidad en que debe solicitarse la medida y su sustentación expresa, se previó la acreditación de un presupuesto que puede calificarse de sustancial, atinente a la “manifiesta infracción” de cualquiera de las normas jurídicas invocadas con la petición. Y manifiesto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, corresponde a lo que es “Descubierto, patente, claro”, o si se prefiere aquello que es evidente o se puede apreciar al primer golpe de vista o de la mera observación, y para los fines de la suspensión provisional será manifiesta la infracción al ordenamiento jurídico cuando tal conclusión surja de cotejar la norma con el acto acusado.

...

⁵⁶ Radicado No. 2007-00159-01, actor: Jesús Antonio Obando Roa.

La estrictez con la que se diseñó el mecanismo de la suspensión provisional se explica en el peso que dentro del ordenamiento jurídico tiene el principio de legalidad (arts. 121 y 123 C.N.), que abriga a los actos de la administración pública en general con la presunción de que fueron expedidos con apego a las normas jurídicas pertinentes. Por ello, si la violación denunciada no ofrece el grado de evidencia señalado en el artículo 152 lo propio es que la medida se deniegue para que sea en el fallo, luego de surtido el debate procesal y acopiadas las pruebas correspondientes, donde se juzgue si el acto es ilegal o no.”⁵⁷.

En términos similares sobre la viabilidad limitada de la suspensión del acto en vigencia del Código Contencioso Administrativo, la ex Consejera de Estado Doctora Ruth Stella Correa Palacio en el Seminario Franco-Colombiano “Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, expuso:

*(...)
De suerte que la infracción del acto administrativo demandado en relación con la normativa legal superior debe de ser evidente, producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar, porque esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad ... que tiene por thelos sancionar, como lo ha establecido esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores. De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la simple confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.
(...)”⁵⁸.*

Con la nueva normativa, prevista en el Capítulo XI del Título V “*Demanda y proceso contencioso administrativo*”, se fijó un régimen plural de medidas cautelares aplicable a los procesos declarativos y a los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos de que conoce esta jurisdicción. Al respecto, el artículo 229 contempla que:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

⁵⁷ En similar sentido ver las siguientes providencias: (i) Sección Primera, Auto de 26 de mayo de 2011, C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianteta, radicado No. 2010-00569-01; (ii) Sección Segunda - Subsección B, Auto de 6 de mayo de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado No. 2009-00124-00(1759-09); (iii) Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009, C.P. Dr. Ruth Stella Correa Palacio, radicado No. 2009-00084-00(37156); y, (iv) Sección Cuarta, Auto de 23 de febrero de 2012, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, radicado No. 2011-00134-01(19032).

⁵⁸ Al respecto ver la página web www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.⁵⁹.*

De este enunciado se extrae que, contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en **proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.

Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3º, se estipuló la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política. En tal sentido, el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estipula:

“Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

⁵⁹ El aparte tachado se declaró inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-284 de 2014.

PARÁGRAFO. *Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.”.*

A continuación el artículo 231 ibídem, en desarrollo de lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política⁶⁰, fija en el primer inciso los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; y, en el segundo, aquellos que deben configurarse para acceder a una cualquiera de las demás medidas, así:

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

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”.*

La lectura literal de la referida disposición evidencia una diferenciación en términos de requisitos de procedibilidad entre las diferentes medidas cautelares, que, además, se refleja en sus antecedentes legislativos. Al respecto, consultada la Gaceta No. 683 de 23 de septiembre de 2010 que contiene la ponencia para primer debate ante la Cámara de Representantes del entonces proyecto de

⁶⁰ En virtud del cual, se insiste, se reserva al Legislador la fijación de los motivos y requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se evidencia que el artículo 231 estaba planteado en los siguientes términos⁶¹:

“Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda.

Si el demandante pretende el restablecimiento de derechos subjetivos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resulta ría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”⁶².*

Al amparo de dicha propuesta, se estableció una regla clara de confrontación de legalidad cuando se demandara la nulidad de un acto, compilando bajo un solo inciso los requisitos necesarios para el decreto de la medida cuanto quiera que se solicitara un restablecimiento de derechos subjetivos. No obstante, en la ponencia para segundo debate a la Cámara, que reposa en la Gaceta No. 951 de 23 de noviembre de 2010, se dejó en claro que era necesario separar los requisitos exigidos legalmente para la medida de suspensión provisional de los necesarios para las demás medidas. Al respecto, se sostuvo:

“(…) En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al

⁶¹ En la referida ponencia, además, se suprimió un aparte introducido en el trámite del Congreso en el que se regulaba la suspensión provisional en prevención, regulada anteriormente por el artículo 153 del Decreto 01 de 1984.

⁶² En similares términos se radicó el proyecto de ley ante el Senado, según se evidencia en la Gaceta No. 1173 de 17 de noviembre de 2009. Leído el artículo original que se sometió a valoración, solo se evidencia un cambio en la redacción del literal b) numeral 4º.

menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.

*Así mismo, se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares. En efecto, no sobra recordar que los requisitos previstos para las demás medidas cautelares –diferentes a la suspensión provisional de los actos- en los numerales subsiguientes tiene por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte los intereses de mayor valía de la comunidad, o no causen agravio a un interés subjetivo; por eso, proceden siempre y cuando se reúnan ciertos supuestos, como el buen derecho del demandante (*bonus fomis iuri*), o sea la probabilidad razonable de que prospere su causa; la eventual lesión del interés público y los perjuicios que la medida pudiera ocasionar; y la irremediabilidad de los dañoso el temor fundado de la ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso (*periculum mora*). (...)*

Con el objeto de lograr la eficacia de la medida de suspensión provisional, tal como se manifestó en la ponencia para segundo debate ante la Cámara de Representantes, se concluye que el inciso primero del artículo 231 exige como requisito fundamental para resolver esta cautela un **análisis inicial** de legalidad⁶³. Agregando, que en los casos en los que se reclama el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, se acredite por lo menos sumariamente la existencia de estos.

En las demás medidas contempladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se deberán atender para su análisis los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, la ponderación de intereses, y será el Juez en su análisis y valoración de la situación propia de cada caso quien establezca los pesos argumentativos de los mismos en la decisión que adopte.

Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de

⁶³ De regularidad, en términos de Hans Kelsen, en su obra "La Garantía Constitucional de la Jurisdicción". Concepto entendido, en este contexto, como la sujeción de las normas de rango inferior a las normas de rango superior.

una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional.

Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una *manifiesta infracción*, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el *surgimiento* en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva⁶⁴.

En ese sentido, en la Ponencia para primer debate del proyecto de Código en el Senado, Gaceta No. 1210 de 2009, se sostuvo el objetivo de fortalecer los poderes del juez, afirmando que:

“El proyecto de reforma que tiene como finalidad principal la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos para reconocerlos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos que las más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la reiteración de las tesis jurisprudenciales o la claridad del buen derecho del reclamante. Es por esto que se propone dotar al juez de poderes, con el fin de hacer real el reconocimiento de los derechos de los asociados.”

⁶⁴ Al respecto, en providencia de la Sección Quinta, de 21 de agosto de 2014, con ponencia del Doctor Alberto Yepes Barreiro (e), se afirmó: *“En consecuencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación intentó superar la interpretación según la cual la locución “manifiesta” del código anterior fue sustituida por “surgir” para entender que el juez, cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional y esta se encuentra sustentada, debe examinar los argumentos de la demanda para determinar si la violación o ilegalidad que se arguye se presenta o no; es decir, debe hacer un juicio previo o provisional de legalidad.”*

Esos poderes se reflejan, dentro del proceso contencioso-administrativo, en los siguientes temas:

(...)

g) En relación con medidas cautelares

Las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.

(...)"

Efectuando una interpretación integral y sistemática del inciso 1º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, entonces, se concluye que para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado, que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.

Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.

Frente al hecho de que el estudio para pronunciarse sobre una medida cautelar no implica prejuzgamiento, en providencia de la Sección Primera, con ponencia del Doctor Guillermo Vargas Ayala, se precisó:

"(...) con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que "[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento". De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces "la tranquilidad de que se trata de

mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite”. Una suerte de presunción iure et de iure sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.”⁶⁵.

Ahora bien, buscar o pretender que para el decreto de las medidas cautelares el juez tenga conocimiento integral del material normativo, jurisprudencial, doctrinal, probatorio y fáctico para atender el asunto, propio de un análisis de fondo al momento de proferir Sentencia, restaría su eficacia a las medidas, pues implicaría prácticamente abrir un proceso paralelo en el que, con la desventaja del tiempo y en detrimento del derecho de defensa, se resuelva el asunto, llevando, en este caso sí, a un posible prejuzgamiento por parte del Juez.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera ponderada y cuidadosa su estudio, **analizando** inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio **surja** del quebrantamiento invocado⁶⁶, recayendo sobre él la carga de motivar su decisión, exponiendo las razones que le permitieron acoger o negar la suspensión.

En varios pronunciamientos el alcance de esta institución, de naturaleza instrumental y provisional dentro del proceso contencioso administrativo, ha sido objeto de estudio en los siguientes términos:

“Es decir, con el C.P.A.C.A desapareció el calificativo de “manifiesta” que caracterizaba a la infracción normativa que hacía procedente la suspensión provisional mientras rigió el CCA. En su lugar, el juez actualmente emprende un

⁶⁵ Providencia de 20 de marzo de 2014, radicado No. 2013-00442-00, actor: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

⁶⁶ “De una lectura lógica y razonable del artículo 231 del CPACA se desprende, entonces, que el legislador no pretendió sujetar la procedencia de la suspensión provisional a más requisitos que los estrictamente necesarios para que el fallador se hiciera una primera idea sobre la situación puesta a su conocimiento: normas violadas, razón de la violación y pruebas, si las hay, el resto, obvia y naturalmente corresponde al togado, llamado a determinar si existe o no razón en lo que se alega.”. Tomado del artículo “El resurgimiento normativo y hermenéutico de la suspensión provisional – Idoneidad y eficacia de la medida cautelar”, escrito por el Doctor Alberto Yepes Barreiro para el Libro “Sociedad, Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis” – Tomo II, Universidad del Rosario, págs. 217 y 218.

análisis del acto demandado, a partir de su confrontación con las normas invocadas por el actor como violadas y las pruebas aportadas por el mismo para sustentar su solicitud, lo que a juicio de la Sala puede involucrar, por un lado, la integración de principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto y, por otro, la consulta de la jurisprudencia que se ha ocupado de la constitucionalidad de las normas invocadas o que ha sentado lineamientos sobre la interpretación que debe dárseles.”⁶⁷.

Y, más recientemente,

*“El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.*

Hoy en día el artículo 229 del C.P.A.C.A. consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo C.P.A.C.A., el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento²¹.”⁶⁸.

La contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior

⁶⁷ Sección Quinta, providencia de 17 de julio de 2014, con ponencia del Doctor Alberto Yepes Barreiro, radicado interno No. 2014-00024, actor: Sixto Manuel García Mejía.

⁶⁸ Sección Quinta, providencia de 13 de agosto de 2014, con ponencia de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 2014-00057-00. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle.

invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

En relación con las pruebas que pueden allegarse a la solicitud de la medida cautelar, también se evidencia una diferencia frente al anterior Código, en razón a que ya no se hace referencia explícita a documentos públicos sino a “*pruebas allegadas con la solicitud*”, las cuales deberán ser examinadas, en todo caso, atendiendo a los criterios probatorios vigentes en el ordenamiento.

Aunado a lo anterior, el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le impone al interesado la carga de acreditar sumariamente la existencia de perjuicios, cuando quiera que solicite el restablecimiento del derecho e indemnización de los citados perjuicios, exigencia que no implica otra cosa que demostrar ante el operador judicial que resolverá su caso que la tardanza del proceso podría configurar un perjuicio.

En conclusión, la tarea que debe abordar el Juez ante la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, le exige analizar los requisitos normativos previstos en el inciso primero del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo, asumiendo la carga argumentativa respectiva.

(iii) Análisis de los cargos presentados por la Entidad recurrente contra el Auto de 13 de mayo de 2014.-

En aras de preservar el principio de congruencia y de estudiar ordenadamente los reparos formulados por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto que decretó la medida cautelar en este asunto, se abordará separadamente cada uno de aquellos, en el mismo orden planteado por la parte interesada.

iii.1 Desconocimiento de los presupuestos del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para decretar medidas cautelares

El primer cargo presentado por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto suplicado contiene dos reparos: **uno**, la insuficiencia argumentativa del Juez, originada en la no valoración de todo el proceso disciplinario, para concluir que en los actos sancionatorios disciplinarios el estudio del criterio de culpabilidad no se ajustó a los parámetros legales; y, **dos**, la construcción de una presunción sobre el perjuicio que causa la sanción disciplinaria a un funcionario electo por la vía popular.

(iii.1.1) Sobre el primero de los reproches es relevante advertir, conforme a la normativa ya referida, que la finalidad de las medidas cautelares no consiste en anticipar con grado de certeza la decisión de un litigio en favor de una cualquiera de las partes, pues ello lesionaría sus garantías sustanciales y procesales de orden constitucional y legal, si se tiene en cuenta que, v. gr., pueden ser adoptadas incluso sin la comparecencia de la contraparte, como sucede en las medidas cautelares de urgencia previstas en el artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El estudio de viabilidad de una medida cautelar como instrumento otorgado al Juez en beneficio del derecho a una tutela judicial efectiva no exige, entonces, agotar el término probatorio ni las oportunidades de defensa de cada uno de los intervinientes, pues ello significaría eliminar su eficacia a causa de una inadecuada comprensión sobre su finalidad y alcance.

La no exigencia de contar con todos los elementos de juicio propios de una decisión definitiva y principal, empero, no convierte la intervención del juez en esa oportunidad procesal en una actuación arbitraria, pues ello afectaría (i) la legitimidad de la función pública que personifica, (ii) los derechos fundamentales de las partes, como el debido proceso, y, (ii) los requisitos legales para su

adopción previstos en las normas pertinentes, en virtud de los cuales, en todo caso, el juez debe valorar y estudiar los elementos que le permitan definir la viabilidad de decretar la medida cautelar.

Así, frente a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, la prosperidad de la medida parte de un presupuesto principal, necesario pero no suficiente, que consiste en establecer la violación de las disposiciones invocadas por la parte solicitante, recurriendo para ello a una confrontación **analítica inicial o preliminar** entre el acto administrativo y esas normas superiores, o entre el acto y las pruebas allegadas, lo que, tal como se afirmó en el acápite anterior, no implica un prejuzgamiento, dado que la actividad judicial en esta etapa parte de unos presupuestos diferentes a aquellos que deben tenerse en cuenta al momento de resolver con vocación de estabilidad el asunto sometido a su consideración.

Aunado a lo anterior, en casos en los que se pretenda un restablecimiento del derecho, será preciso probar siquiera sumariamente la existencia de un perjuicio, que exija con prontitud una intervención judicial en aras de proteger el derecho subjetivo en riesgo. Finalmente, se insiste, el juez debe ofrecer una argumentación que permita concluir que su decisión es ponderada y razonable.

También debe advertirse que aunque prospere una medida cautelar en un trámite judicial esa decisión (i) *no es inalterable durante su vigencia interina*, pues si se modifican las *condiciones previstas para su otorgamiento* el juez tiene la potestad de afectarla, mutabilidad que, tal como sucede con el pronunciamiento inicial sobre tal medida, debe ser considerada con el debido cuidado de no incurrir en prejuzgamiento; y, (i) no condiciona la decisión que el juez debe adoptar en la sentencia una vez se satisfagan todas las etapas procesales previstas por la normativa aplicable, dada su autonomía.

Trasladando las anteriores consideraciones al reparo efectuado por la Procuraduría General de la Nación, se concluye que no le asiste razón al afirmar que la providencia judicial no podía estar debidamente fundada dado que no se contaba con la totalidad del expediente disciplinario que se tramitó en esa Entidad para sancionar al actor, pues el análisis que efectuó el Consejero de Estado Doctor Gerardo Arenas Monsalve, como integrante de la Sección Segunda - Subsección B, se sujetó a lo dispuesto en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, logrando establecer que, **de la confrontación de los actos sancionatorios acusados con las normas invocadas**, se evidenciaba una incompatibilidad inicial con las normas que regulan principalmente la responsabilidad, a título de dolo, en materia disciplinaria, satisfaciendo, de este modo, su estándar valorativo y argumentativo.

De otro lado, ni de las disposiciones que regulan la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, ni de la teleología de la medida cautelar, se deriva que al juez le esté vedado analizar tópico alguno a la hora de determinar su procedencia. O, dicho de otro modo, la complejidad de una discusión jurídica no enerva la competencia del operador judicial para decretar la medida, siempre que, en todo caso, a través del análisis que debe adelantar encuentre acreditados los elementos para ello.

Por tal motivo, el hecho de que el tema de la culpabilidad exija un análisis jurídico específico, propio del juez natural, no inhibe la posibilidad de que, precisando las razones suficientes para ello como lo hizo el Magistrado Ponente del Auto suplicado, se suspendan los efectos de actos administrativos.

Del mismo modo, no es de recibo para la Sala la invocación que hace la Procuraduría General de la Nación de la Sentencia proferida por la Sección Segunda – Subsección B de esta Corporación del 26 de marzo de 2014⁶⁹, con el

⁶⁹ Con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, actor: Víctor Virgilio Valle Tapia.

objeto de demostrar que el análisis de culpabilidad se reserva para el momento en que se profiere fallo, dado que el asunto citado por la demandada no se adelantó bajo el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y tampoco se discutió la posibilidad de que con ocasión de una medida cautelar se pudiera analizar ese aspecto.

Aunado a lo anterior, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, el accionante sustentó en debida forma su petición de adopción de medidas cautelares y, por tal motivo, en el Auto suplicado se abordó de fondo su procedencia, indicando que, en este asunto, se tendría en cuenta la argumentación efectuada en el escrito separado y en la demanda, pues así lo precisó el interesado. En tal sentido, en el Auto suplicado, al hacer referencia a las normas violadas y su concepto de violación, se afirmó que:

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

(iii.1.2) Sobre el segundo reparo formulado en este cargo, cabe efectuar el siguiente estudio:

De manera concordante con lo que se ha expuesto a lo largo de esta providencia encuentra la Sala que el argumento sobre la presunción del perjuicio que, en consideración de la Procuraduría General de la Nación, se asumió en el Auto suplicado, parte de un estudio fragmentario de las razones que determinaron el decreto de la medida cautelar.

Así, no fue el hecho de que un funcionario elegido popularmente no pudiera cumplir su periodo constitucional como consecuencia de una decisión administrativa disciplinaria lo que determinó con suficiencia la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; para llegar a esa conclusión el juez natural del acto, al tenor del artículo 231 de la Ley 1437 de

2011, efectuó una confrontación de legalidad inicial con el objeto de determinar si podían considerarse violatorios de una norma superior.

Por tal motivo, constituye una construcción propia de una “*pendiente resbaladiza*”⁷⁰ afirmar que, como prosperó la suspensión provisional en este caso frente a un funcionario de elección popular, de ahora en adelante la firmeza de la sanciones disciplinarias sobre sujetos elegidos por voto popular solo puede darse una vez transcurrido el proceso judicial.

Un entendimiento integral del Auto suplicado, permite evidenciar que la condición de funcionario elegido por voto popular sí permitió argumentar la configuración de un perjuicio de no accederse a la medida cautelar dados los elementos probatorios que incluso eran de conocimiento público y notorios. Pero, a dicho análisis se sumó necesaria y principalmente el estudio expreso de legalidad inicial.

También es oportuno advertir que las consideraciones efectuadas en el Auto suplicado no desconocen la competencia de la Procuraduría General de la Nación, ni tampoco se afirmó que su potestad constitucional y legal constituyera fuente de violación de derechos subjetivos *per se*. Contrario a ello, se insiste, la medida cautelar que se adoptó en este caso particular y dados los presupuestos que aquí se configuraron, estuvo precedida de un análisis inicial y preliminar de la sujeción de los actos administrativos a las normas superiores, y de la consideración de la existencia de un perjuicio a evitar.

⁷⁰ Este concepto, que puede clarificarse como una falacia dentro de un esquema de lógica informal (propia de los argumentos que, como los jurídicos, hacen parte de discusiones que escapan a la demostración matemática o geométrica y se ubican en el campo de lo plausible, lo razonable o lo verosímil), hace referencia al yerro argumentativo en el que incurre la persona que, tras haber obtenido una conclusión plausible de las premisas, la lleva a extremos que ya no son solidarios con sus puntos de partida. En el caso concreto, la falacia se produce cuando el recurrente supone que *todos los casos de sanciones disciplinarias impuestas por esa autoridad serán objeto de medidas provisionales*, haciendo caso omiso de los demás elementos de análisis que tuvo en cuenta esta Corporación para conceder las medidas *en el marco específico del caso objeto de estudio*, basándose en un análisis de apariencia del buen derecho, peligro en la mora y ponderación de intereses.

Finalmente, tampoco puede afirmarse, como lo hace la Procuraduría General de la Nación, que con la decisión contenida en el Auto suplicado se genere una violación del derecho a la igualdad frente a los funcionarios sancionados por esa Entidad que no ocupen cargos de elección popular, dado que en este caso no se establecieron generalizaciones, presunciones ni reglas abstractas basadas en la mera vinculación del funcionario al Estado.

Así entonces, teniendo en cuenta que en el presente caso no se derivó del hecho de desempeñar un cargo de elección popular un perjuicio, conclusión con relevancia jurídica, sino que el perjuicio se estudió en el marco de la situación planteada por el accionante, y que la razón principal de la medida recayó en la violación *ab initio* de las normas superiores que debían fundar la decisión administrativa sancionatoria, no puede hablarse de elaboración de presunción alguna en este caso.

Por los motivos expuestos, el primer cargo invocado por la parte recurrente no prospera.

iii.2 Elementos constitutivos de la falta disciplinaria: falta de análisis de la tipicidad e ilicitud sustancial.

El segundo reparo propuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de 13 de mayo de 2014, recae sobre la presunta falta de técnica y prejuzgamiento al haber analizado simplemente el criterio de culpabilidad en relación con las faltas imputadas, y no los elementos restantes necesarios para la configuración de una falta disciplinaria sancionable.

Al respecto, los artículos 13 y 23 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002, Código Disciplinario Único, prevén lo siguiente:

“Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Artículo 23. *La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”.*

De la lectura integral de esas disposiciones, armónicamente interpretadas con el amplio espectro de garantías que derivan del derecho al debido proceso, se concluye que la imposición de una sanción en materia disciplinaria, expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal, parte de la configuración de los siguientes tres elementos: tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Metodológica y analíticamente corresponde a quien ostenta la titularidad de la acción disciplinaria evaluar la presencia de cada uno de esos elementos, individualmente necesarios y concurrentemente suficientes para imponer la sanción. No obstante, ello no implica que el Juez al valorar la legalidad de la actuación administrativa, preliminarmente en casos en los que se encuentra de por medio el decreto de una medida cautelar, deba asumir idéntico esquema de raciocinio, dado que la pérdida de fundamento de uno solo de aquellos criterios determina que el acto disciplinario no se sostenga en las mismas condiciones en las que fue proferido.

Por tal motivo, el cargo propuesto por la Procuraduría General de la Nación no afecta la decisión judicial recurrida, pues, a modo de conclusión, está asimilando la función administrativa propia que despliega esa Entidad a la actividad judicial, exigiendo a la segunda las mismas cargas de la primera.

iii.3 Tercer cargo.- Incorrecta valoración del dolo en el Auto suplicado.

Previo al análisis del cargo planteado por el recurrente, debe la Sala abordar la estructura de la responsabilidad disciplinaria, y, especialmente el factor de la culpabilidad en cuanto a la categoría jurídica del dolo. Esto en la medida en que

los argumentos del presente cargo se refieren a la diferencia conceptual del dolo esgrimido en el auto suplicado frente al planteado en los fallos disciplinarios objeto de la medida cautelar de suspensión.

En materia disciplinaria, la responsabilidad implica el análisis de tres (3) factores, a saber la tipicidad⁷¹, la ilicitud sustancial⁷² y la culpabilidad⁷³, los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a las decantadas por otras manifestaciones del *ius Puniendi* del Estado.

En cuanto a la tipicidad la ley disciplinaria establece una clasificación de la faltas⁷⁴ en gravísimas, graves y leves. Así, para determinar si la falta es grave o leve señala unos criterios de gravedad o levedad⁷⁵, mientras que para determinar si la falta es gravísima por las connotaciones que ellas implican hace remisión a un listado que las consagra taxativamente⁷⁶.

La ilicitud sustancial se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna⁷⁷, es decir este elemento no responde a la gravedad del daño producido⁷⁸, motivo por el cual el disciplinado solo se excusaría en cuanto a este factor de la responsabilidad cuando su conducta tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad⁷⁹. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado⁸⁰, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho

⁷¹ Artículo 4°; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.

⁷² Artículo 5° C.D.U.

⁷³ Artículo 13; 43 # 1; 44 parágrafo C.D.U.

⁷⁴ Artículo 42 C.D.U.

⁷⁵ Artículo 43 C.D.U.

⁷⁶ Artículo 48 C.D.U.

⁷⁷ Artículo 5° C.D.U.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

⁷⁹ Artículo 28°, numerales 1° a 6° del C.D.U.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

disciplinario y le diferencia de otras formas de reproche estatal, a saber que no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público⁸¹.

Ahora bien, siendo la conducta típica por incurrir en alguna de las descripciones legales determinadas como falta disciplinaria y antijurídica por ser sustancialmente ilícita, dado que está proscrita la responsabilidad objetiva⁸² el operador disciplinario debe analizar la culpabilidad⁸³.

En este orden en cuanto al factor culpabilidad, en materia disciplinaria el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, señala que ésta comprende el dolo y la culpa. El tenor de la norma es el siguiente:

“Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.”.

Las formas de culpabilidad mencionadas en la norma transcrita encuentran su conceptualización en materia disciplinaria por: a) definición expresa en la norma disciplinaria o b) por integración normativa en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario. Esto último de acuerdo con el artículo 21 del Código Único Disciplinario, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.”.

⁸¹ La Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002, explicó a este respecto que el derecho disciplinario se diferencia del derecho penal, entre otras, porque dado su objetivo central de garantizar la excelencia en el desempeño de la función pública, las sanciones que contempla se justifican por el mero incumplimiento del deber de los servidores públicos, incumplimiento que se presume conlleva una afectación del servicio a ellos encomendado.

⁸² Artículo 13 C.D.U.

⁸³ Artículo 44, parágrafo C.D.U.

En este orden, los conceptos sobre aspectos sustanciales y procesales que no tienen definición en el Código Único Disciplinario adquieren contenido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia y en la legislación interna en el orden de precedencia mencionado en la norma antes trascrita.

El Código Único Disciplinario en cuanto a la culpabilidad culposa estableció por vía de definición expresa los conceptos culpa gravísima y culpa grave, en el párrafo del artículo 44, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

(...)

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

El Código Único Disciplinario en cuanto a la culpabilidad dolosa no contiene una definición⁸⁴, por lo cual debe acudir a la integración normativa en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario. Esto en la medida en que la definición de la culpabilidad dolosa debe atender, por razón del principio de legalidad el cual hace parte del derecho fundamental al debido proceso, a un concepto expresamente establecido por el legislador y sus elementos esenciales no pueden ser dejados al criterio del operador disciplinario.

En ese orden, dado que en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia⁸⁵, en

⁸⁴ La ley 734 de 2002 hace varias referencias al dolo y la conducta dolosa, por ejemplo en los artículos 13; 38 numerales 1, 2 y 4; 44 numerales 1, 2 y 4; 48 numerales 1, 4 y 9; 50; 55; 61 y 63; pero no expresa una definición de esta forma de culpabilidad.

⁸⁵ <http://www.cancilleria.gov.co/juridicainternacional/tratados>.

Acuerdo sobre la asistencia a la niñez. Ley 468 de 1998; Carta de las Naciones Unidas Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 16 de 1972; Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención Interamericana para prevenir y

el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸⁶ ni el Código de Procedimiento Penal⁸⁷ existe una descripción normativa del dolo, es necesario acudir en el orden de precedencia señalado en el artículo 21 del Código Disciplinario Único, al Código Penal que en su artículo 22 trae una definición desde la cual debe partir el análisis para adaptar ese enunciado al derecho disciplinario. La norma en mención señala lo siguiente:

“Código Penal. Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”.

La norma penal transcrita consagra dos (2) conceptualizaciones del dolo, la primera señala como elementos integradores, el conocimiento sobre los hechos constitutivos de la infracción y la voluntad dirigida hacia la infracción, los cuales en la norma son autónomos y deben ser acreditados de manera independiente.

La segunda variante consagra lo que ha sido denominado por la doctrina como dolo eventual⁸⁸, en el cual intervienen el conocimiento de la infracción como probable y de ésta se deriva la voluntad del sujeto infractor en el evento de que la trasgresión legal ocurra.

sancionar la tortura Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer Convención Interamericana sobre derechos civiles de la mujer Convención Interamericana sobre restitución de menores Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. Ley 470 de 1998 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero. Ley 471 de 1998 Convención sobre los derechos del niño Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales. Ley 243 de 1995 Declaración de los derechos del retrasado mental Declaración de los derechos del niño Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes Declaración Universal de los Derechos Humanos Pacto Internacional de derechos civiles y políticos Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

⁸⁶ Ley 1437 de 2011.

⁸⁷ Ley 906 de 2004.

⁸⁸ Bernardo Feijóo Sánchez. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación el Filosofía y Derecho, 2002, pág. 52.

Ahora bien, los fallos disciplinarios cuyos efectos fueron suspendidos tal y como fue descrito por la Procuraduría General de la Nación en el recurso de súplica, estudiaron el dolo estableciendo que del conocimiento de la ilicitud sustancial por parte del disciplinado se deriva su voluntad de infringir el deber funcional. Lo anterior se distancia de lo señalado en el auto que decretó la medida cautelar donde se entiende que la prueba de la voluntad del sujeto disciplinable no puede derivar simplemente del conocimiento que este tenga de que su conducta puede ser ilícita, sino que debe ser probada de manera independiente atendiendo a las pruebas que así lo demuestren y a los argumentos de defensa que sobre el asunto plantee el investigado.

Por tanto, el dolo en materia disciplinaria debe diferenciarse de la ilicitud sustancial, pues, aquel no puede hacerse consistir en el simple conocimiento de éste, por cuanto sería suficiente alegar que el funcionario estaba obligado a conocer aquel, para presumir que actuó dolosamente.

La Sala como herramienta dogmática para el estudio de los argumentos presentados por el recurrente en este cargo, debe advertir que el concepto de dolo en materia disciplinaria no puede atender simplemente a la estructura planteada en los fallos disciplinarios, por el contrario ha de responder a la concepción establecida en el auto recurrido, ya que ésta no solo se fundamenta en una definición legal sino también en la prohibición del artículo 21 del Código Disciplinario Único, según la cual, la integración normativa que haga el operador disciplinario para lo no previsto en esa codificación no debe contravenir la naturaleza del derecho disciplinario.

En ese orden, derivar la prueba de la voluntad en la infracción disciplinaria, del simple conocimiento de que la conducta podría constituir una ilicitud sustancial como lo ha hecho el fallador disciplinario en este caso, contraviene las normas superiores en las cuales el acto en materia de culpabilidad debía fundarse, y trasplanta, sin reparar en la naturaleza del derecho disciplinario, en el cual las

faltas a diferencia del derecho penal son por definición de contenido abierto, la segunda variante penal del dolo antes vista.

Así las cosas, para la Sala en materia de culpabilidad dolosa disciplinaria debe probarse de manera independiente tanto el conocimiento de que la conducta comporta una infracción disciplinaria como la voluntad en su realización.

Bajo el anterior marco jurídico y teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación dirigió varios reparos contra el Auto suplicado, la Sala efectuará el estudio en 4 apartados, en el primero de los cuales se abordan, además, tres argumentos propuestos por la recurrente de manera separada.

iii.3.1. Primer motivo de inconformidad.- Reprocha la Procuraduría General de la Nación en este cargo que la categoría dogmática del dolo que sustentó el Auto de 13 de mayo de 2014 no se compadece con aquella que jurisprudencial y doctrinalmente se ha consolidado en el derecho disciplinario.

Al respecto, sostuvo que para el Consejero de Estado que suscribió la decisión judicial objeto de súplica, el dolo consiste en “*la inequívoca intención de querer un resultado*”. No obstante, continuó, no definió el alcance que le dio al concepto de **resultado**, ni tuvo en cuenta que en materia disciplinaria las faltas son de mera conducta, por lo que no se requiere encontrar la lesión a un bien jurídico sino la transgresión de los deberes funcionales. De otro lado, agregó, **la intención y el querer** se abordaron solo desde la perspectiva de la *voluntariedad*, pese a que lo relevante es el *conocimiento*. Sobre esta última afirmación, precisó la Entidad recurrente:

“... tanto la doctrina, como la Corte Constitucional han considerado que respecto de la transgresión del deber funcional su conocimiento es tenido como base de la intención (sic) y el querer requerido para la constitución del grado de culpabilidad doloso. (...)

Los anteriores conceptos jurisprudenciales y doctrinales coinciden en que la valoración del dolo disciplinario no depende de la concepción de voluntariedad sino del conocimiento de los criterios normativos que rigen la conducta del servidor

público, circunstancia que fue desconocida por parte del Magistrado ponente al momento de definir la solicitud de la medida, ya que en la sustentación de la misma discurre que la Procuraduría solo tuvo en cuenta el ‘querer’ del señor Petro Urrego, considerando que no se tuvieron en cuenta otros elementos relacionados con el grado de culpabilidad, lo que resulta a todas luces contrario a la realidad no solo de los fallos disciplinarios, sino de las pruebas obrantes en el expediente en que consta la actuación, al igual que de decisiones de otros entes de control como la Superintendencia de Industria y Comercio que fueron aportadas en la debida oportunidad por el suscrito, y que no fueron apreciadas en la decisión que se impugna.”.

Análisis de la Sala.-

En razón a que de este motivo de inconformidad se derivan tres argumentos principales, se procederá a analizar cada uno de ellos de manera independiente, así: (i) no definir el término “resultado”; (ii) considerar la voluntariedad como criterio para analizar el dolo; y, (iii) no tener en cuenta el conocimiento del deber funcional como sustento del dolo.

Definición del término “resultado”.

Entiende la Procuraduría General de la Nación que en el Auto suplicado se precisaba definir el alcance del término “resultado”, en razón a que integra la definición del dolo.

No obstante ese reparo no es de recibo, en la medida en que el *resultado* se inscribe en la ilicitud sustancial, definida por el artículo 5º de la Ley 734 de 2002 en los siguientes términos:

“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”⁸⁹.

⁸⁹ Disposición objeto de pronunciamiento de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-948 de 2002 en la que se afirmó lo siguiente: “(...) En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.”.

Sin embargo, el fundamento del Auto de 13 de mayo de 2014 no recayó en la infracción inicial de las normas superiores que regulan la verificación o configuración de la ilicitud sustancial de las conductas por las que fue investigado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, sino en la infracción inicial de las normas que regulan, principalmente, la aplicación del criterio de culpabilidad. En este sentido, es clara la providencia al referir:

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

Más adelante, a manera de conclusión, se indicó que:

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

Por lo anterior, no puede afirmarse que el Auto presenta un vacío argumentativo por no abordar un aspecto que no debía explicar, dado que no era relevante para la decisión a proferir.

La voluntariedad como criterio para analizar el dolo.

En consideración de la parte recurrente, en el Auto de 13 de mayo de 2014 se asumió un concepto simplista de dolo, consistente en valorar exclusivamente la

voluntariedad al infringir el deber funcional, pese a que lo importante es el conocimiento de éste.

Al respecto, en los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, esa categoría se manejó bajo el siguiente entendimiento:

“En cuanto a la culpabilidad, principio y categoría de análisis de la estructuración de la falta disciplinaria, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: //En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado –entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita⁹⁰//.

El derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, lo cual, para la estructura de la falta disciplinaria, implica la categoría de culpabilidad. La culpabilidad en el derecho disciplinario y específicamente en la modalidad dolosa exige la demostración de los siguientes elementos:

- 1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este aspecto es donde la regla disciplinaria adquiere su función de precepto de determinación; así, quien es determinable por la norma y la infringe es imputable y, en consecuencia, apto para ser culpable.*
- 2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).*
- 3. Conocimiento de la situación típica, es decir el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.*
- 4. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición.*
- 5. Conciencia de la ilicitud; es decir, se requiere el conocimiento de la prohibición o deber, en otras palabras, tener conciencia de que el comportamiento es contrario a derecho.”⁹¹.*

En el Auto cuestionado se afirmó sobre el dolo, que:

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

(...)

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

⁹⁰ Confrontar Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹¹ Folio 457 del fallo disciplinario.

Y en el recurso de súplica se sostuvo que:

“Los anteriores conceptos jurisprudenciales y doctrinales coinciden en que la valoración del dolo disciplinario no depende de la concepción de voluntariedad sino del conocimiento de los criterios normativos que rigen la conducta del servidor público, circunstancia que fue desconocida por parte del Magistrado Ponente al momento de definir la solicitud de la medida, ...”.

De las transcripciones efectuadas se evidencia que en sede administrativa la Procuraduría General de la Nación afirmó que la configuración del dolo exige analizar, **entre otros**, el aspecto volitivo de la conducta o comportamiento.

Para la decisión judicial cuestionada, por su parte, el análisis del dolo **debe comprender** el elemento volitivo, esquema de argumentación que no implica una exclusión de elementos adicionales que deban ser observados para efectos del análisis de culpabilidad. Al respecto, *comprender* significa “*contener, incluir en sí algo*”⁹², sin que ello implique, se insiste, una afirmación en el sentido de que el dolo depende solamente de la voluntariedad.

Por lo anterior, contrario a lo sostenido por la Entidad recurrente, la *voluntariedad* es reconocida como un criterio a ser observado para efectos de analizar el dolo, y en este caso lo afirmó el Juez natural del asunto y lo aplicó la Entidad demandada en los actos disciplinarios sancionatorios. Aunado a lo anterior, en el Auto no se refleja un concepto simplista de dolo, pues en parte alguna desconoce que, además de la *voluntariedad*, existan otros aspectos a ser valorados.

Adicionalmente, destaca la Sala que la Entidad recurrente sostiene dos premisas incompatibles, pues afirma, de un lado, que la *voluntariedad* no debe analizarse para determinar la culpabilidad a título de dolo; pero, de otro lado, sostiene que en el Auto sancionatorio ese elemento sí se valoró, situación que resta fuerza a sus planteamientos con miras a atacar la corrección del Auto proferido con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Al respecto, afirmó en el recurso:

⁹² “**3.** tr. Entender, alcanzar, penetrar.”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

*“La anterior afirmación desconoce la valoración efectuada sobre el dolo en los fallos disciplinarios para los cargos 1 y 2, pues **si bien es cierto se valoró el comportamiento voluntario** en el obrar del disciplinado en cuanto a su querer en la asunción del servicio público de aseo por empresas del distrito, **no lo es menos que aunado a ello se apreció** de manera determinante el conocimiento que precedía el obrar contrario a sus deberes funcionales; es así que los fallos disciplinarios tuvieron en cuenta la manera como se le advirtió sobre el marco normativo que regulaba su conducta y su posible quebrantamiento, aspecto que denota en el estudio que realizaron el fallo de única instancia y la resolución del recurso de reposición.”* Negrilla fuera de texto.

En estas condiciones, la discusión propuesta por la Procuraduría General de la Nación frente al debido entendimiento del dolo en materia disciplinaria, no tiene la entidad de afectar la decisión judicial suplicada.

El conocimiento del deber funcional como sustento del dolo.

La Entidad demandada alega que, con base en una indebida apreciación de la categoría del dolo, el Consejero de Estado que decretó la medida cautelar efectuó una deficiente valoración del soporte que tuvo en cuenta la Procuraduría General de la Nación para sancionar al accionante, en dos de las tres faltas imputadas.

Así, precisó que no apreció el *conocimiento* de la ilicitud, elemento que, afirmó, quedó probado en el trámite administrativo pues diferentes Entidades intervinieron para advertirle al disciplinado que su actuación sería irregular. Al respecto, en el recurso de expresó que:

“... la providencia mediante la cual se decretó la medida cautelar efectuó una incorrecta apreciación del dolo, ya que no tuvo en cuenta el componente relativo al conocimiento de la ilicitud, el cual resulta preponderante en la definición de este grado de culpabilidad, pues sin el mismo se desconoce cómo pese a que el disciplinado se le había puesto de presente la ilegalidad de sus actuaciones, decidió obrar en contravía del marco normativo que regía sus deberes funcionales, lo cual constituye plenamente el dolo disciplinario.”

Con el objeto de estudiar este argumento, procede la Sala a referirse a lo expuesto en el Auto suplicado, previa síntesis de las faltas imputadas.

- La primera falta que se le imputó al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, tuvo como fundamento la siguiente conducta: *“Haber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la empresa de Aguas Bogotá S.A. E.S.P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.”*

En la adecuación típica su conducta se enmarcó en la falta gravísima descrita en el numeral 31 del artículo 48 del C.D.U.⁹³, imputándosele en condición de “determinador”⁹⁴, a título de “dolo”.

Frente a esta descripción en el Auto Suplicado se expuso que:

*“De manera crítica debe decirse que, según se indica en el acto sancionatorio, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO ‘conocía los hechos’ y ‘quería que las empresas del Distrito asumieran, **a como diera lugar**, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá ...’. La expresión transcrita implica que el ente disciplinario no solamente valoró negativamente las motivaciones que el señor PETRO URREGO expuso a lo largo del trámite disciplinario, sino que, tal expresión califica la conducta como un mero capricho del actuar. Para el Despacho se evidencia que dicha valoración no contiene la entidad suficiente para convencer objetivamente de la intención que motivó la actuación del agente y permita atribuir el dolo como el título más gravoso de culpabilidad en materia de responsabilidad disciplinaria.*

⁹³ “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: ... Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. (...).”

⁹⁴ El artículo 26 del CDU establece lo siguiente: “Es autor quien cometa la falta disciplinaria o **determine a otro** a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función.”. Negrilla fuera de texto.

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

- La segunda conducta por la que fue investigado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego consistió en expedir el Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012⁹⁵, que adoptó un esquema de prestación del servicio de aseo, desconociendo la Constitución y la Ley, “... imponiéndose una serie de restricciones y limitaciones sin que mediaran Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, en la medida en que se impidió que otras empresas, distintas a las Entidades del Distrito Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo.”.

La conducta se enmarcó dentro de las **faltas gravísimas** previstas en el artículo 48 del C.D.U, específicamente en el numeral 60⁹⁶, imputándose a título de “**dolo**”, como **autor**.

Sobre esta falta en el Auto suplicado se manifestó lo siguiente:

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

En este orden de ideas, de acuerdo con el acto administrativo sancionatorio impugnado en el presente caso, en criterio del Despacho, no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de

⁹⁵ “Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012.”.

⁹⁶ “(...) Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.
(...)”.

desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que, consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió, ...”.

De la argumentación sostenida en el Auto suplicado se evidencia que el Ponente cuestionó que en los actos disciplinarios: (i) se afirmara que el Alcalde del Distrito Capital actuó movido por un *mero capricho*; (ii) el *querer se fundara* en una interpretación y valoración de la conducta por parte de la Administración; y, (iii) no se adelantara un juicio adecuado sobre las causas que motivaron el actuar del disciplinado, aspectos todos estos que implicaban una lesión del derecho al debido proceso.

En esas condiciones, en el Auto objeto de súplica no se ignoró que el Alcalde conociera sus deberes funcionales, como afirma el recurso, pues el punto relevante recayó en el estudio de legalidad preliminar sobre el criterio de culpabilidad, afirmándose por el Consejero Ponente de la causa principal que no se valoraron consistentemente los argumentos de defensa del disciplinado. Además, se precisó en el Auto cuestionado que el *querer* lesionar los deberes funcionales en que se basó la Entidad accionada tuvo sustento en su interpretación y valoración sobre la implementación de una política pública de aseo en el Distrito de Bogotá, hermenéutica que no contaba con la fuerza suficiente para imputar una conducta con el criterio del dolo.

Por tal motivo, las consideraciones efectuadas en el recurso de súplica con miras a mostrar cómo en los actos administrativos cuestionados quedó evidenciado que el actor conocía la ilicitud de su actuación, pues era consciente sus deberes funcionales, no afectan la decisión contenida en el Auto de 13 de mayo de 2014.

Finalmente, cumpliendo con el deber de motivar, en el Auto recurrido se expresaron las razones que determinaron el decreto de la suspensión provisional de los efectos de los actos sancionatorios, dando cuenta de las insuficiencias

argumentativas de los fallos disciplinarios y del quebrantamiento que, en un análisis inicial, surgía a las normas superiores que regulan el debido proceso, artículo 29 de la Constitución Política; la proscripción de la responsabilidad objetiva, artículo 13 del C.D.U; la proporcionalidad de la sanción disciplinaria, artículo 18; el deber de motivar el acto administrativo sancionatorio, artículo 19 ibídem; y, los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, artículo 43 ibídem.

iii.3.2. **Segundo motivo de inconformidad.** Sostuvo la Procuraduría General de la Nación que la valoración de la culpabilidad era un **asunto probatorio y no de motivación**, por lo que no era dable adelantar ese estudio sin contar con la totalidad de la actuación administrativa.

Al respecto, es oportuno reiterar lo sostenido en el apartado iii.1) de esta providencia sobre la no exigencia de contar con todos los elementos de juicio propios de una decisión definitiva para decretar una medida cautelar; dado que, a través de aquella, lo que se pretende es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia con fundamento en un examen inicial o preliminar de legalidad y la consideración de un perjuicio, conforme al artículo 231 inciso 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El tipo de reclamo efectuado por la Procuraduría General de la Nación, entonces, es inconsistente, pues parte de la noción de que el Juez debe arribar a un grado de certeza para efectos de decretar la medida cautelar, cuando, se insiste, el juicio para la prosperidad de aquella debe salvaguardar el imperativo de no prejuzgar. Esto no implica, como también se advirtió en el apartado citado, que en esa instancia procesal la medida resulte discrecional, pues normativamente se encuentran los criterios para su adecuado entendimiento.

Aunado a lo anterior, asumiendo su carga de motivar lo resuelto, el Consejero Ponente del Auto suplicado encontró de la confrontación inicial entre los actos

disciplinarios cuestionados y las normas aplicables motivos para acceder en este caso a la medida cautelar, estudio de legalidad que no pierde sustento por la ausencia de valoración del expediente disciplinario.

Finalmente, cabe reparar en lo dispuesto en los artículos 19 y 170 del Código Disciplinario Único, que prevén:

“Artículo 19. Motivación. Toda decisión de fondo deberá motivarse.

Artículo 170. El fallo debe ser motivado y contener:

- 1. La identidad del investigado.*
- 2. Un resumen de los hechos.*
- 3. El análisis de las pruebas en que se basa.*
- 4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.*
- 5. La fundamentación de la calificación de la falta.*
- 6. El análisis de culpabilidad.*
- 7. Las razones de la sanción o de la absolución, y*
- 8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.”.*

De los referidos enunciados se deriva una norma de trascendencia para la garantía del derecho al debido proceso, dado que exigen al titular de la acción disciplinaria motivar sus decisiones, valorando las pruebas y normas aplicables frente a cada uno de los aspectos relevantes a la hora de sancionar a un sujeto disciplinable.

En esas condiciones, no es acertado oponer un asunto probatorio a otro de motivación, pues se encuentran inescindiblemente ligados y deben reflejarse en el acto administrativo disciplinario. Desde esta perspectiva, la motivación del acto administrativo debe brindar un buen reflejo de las pruebas allegadas al expediente, sin que con ello se quiera decir que el estudio del acto sustituye al del expediente cuando ello sea necesario para adoptar una decisión judicial, que no fue el caso de la adopción de medidas cautelares en esta oportunidad.

iii.3.3. Tercer motivo de inconformidad. Adujo la Procuraduría General de la Nación que, pese a que en el Auto suplicado se admitió la configuración de conductas constitutivas de falta disciplinaria, se suspendieron los efectos de los

actos acusados, desconociendo que en el fallo era dable variar la culpabilidad y arriesgando la efectividad de la sanción disciplinaria.

Sobre este reparo encuentra la Sala que, luego de una confrontación inicial de los actos disciplinarios con la normativa que regula el criterio de culpabilidad, se estableció el desconocimiento de normas superiores, por lo que se imponía adoptar la decisión de suspensión, sustentado además el perjuicio alegado por el actor, consistente en que el transcurso del tiempo afectaba la posibilidad de ejercer como Alcalde para el periodo constitucional en el que resultó electo popularmente.

En esas condiciones, esto es, evidenciándose preliminarmente le lesión de normas superiores en relación con el juicio de culpabilidad efectuado por la Procuraduría General de la Nación y un perjuicio irremediable, pretender aplazar una intervención judicial hasta la Sentencia implicaría poner en riesgo la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sancionatorios afectaría, por lo menos en relación con la destitución inmediata del cargo, la ejecución de la sanción en caso de arribarse a un fallo desestimatorio de las pretensiones de la demanda. Esta preocupación, que no es infundada, no puede, empero, impedir adoptar la medida cautelar cuando quiera que, como en el presente caso, se efectuó el estudio por parte del Consejero de Estado que profirió el Auto suplicado de manera seria y ponderada.

Por lo expuesto, el tercer motivo de inconformidad no afecta la decisión recurrida.

iii.3.4. **Cuarto motivo de inconformidad.** Manifestó la parte recurrente que el Auto de 13 de mayo de 2014 omite que, según lo sostenido por la Sala Plena de

lo Contencioso Administrativo en el fallo de 11 de diciembre de 2012⁹⁷, la competencia del Juez administrativo no es de corrección sino de legalidad; y que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esa providencia es vinculante.

La providencia referida por la Procuraduría General de la Nación, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de diciembre de 2012, precisó que las decisiones disciplinarias constituyen verdaderos actos administrativos, pero que, sin embargo, el examen de legalidad no puede convertirse en una tercera instancia, por lo que la mera inconformidad de criterios de interpretación entre el Juez y el titular de la acción disciplinaria no quebrantaba la presunción de legalidad del acto. En concreto, en la Sentencia se sostuvo que:

“Partiendo de que el control del juez administrativo sobre el acto disciplinario es pleno, como ya lo ha resaltado la Sala, la especificidad del proceso disciplinario conduce a que la presunción de legalidad que se predica de todo acto administrativo, adquiera particular relevancia frente al acto sancionatorio disciplinario.

El juez de la legalidad del acto, debe verificar si la interpretación jurídica efectuada por el titular de la acción disciplinaria se enmarcó dentro de los parámetros hermenéuticos, o si excedió los límites de la actividad disciplinaria. No se trata de que el control de legalidad de ese acto administrativo de naturaleza especial sea un control restringido, pero siendo el procedimiento disciplinario un verdadero procedimiento, con etapas, partes, formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, fallo, etc., el control judicial contencioso administrativo de ese acto definitivo no puede constituir una instancia más dentro de la actuación. ...

De otro lado, la interpretación y aplicación de la ley, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio aportados al proceso, el control de legalidad del acto no autoriza per se, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley. El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de validez.

En consecuencia, las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria por parte del titular de la misma y la interpretación que adopte el juez contencioso disciplinario frente a los mismos asuntos, no

⁹⁷ Actor: Fernando Londoño Hoyos, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado No. 2005-00012-00.

constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa sancionatoria. Mientras esta última esté debidamente fundamentada y argumentada, y la interpretación normativa y probatoria sea razonable, acorde con las normas legales disciplinarias y compatibles con la Constitución, el acto disciplinario debe mantener su presunción de legalidad.”.

El alcance de este pronunciamiento, contrario a lo sugerido por la Procuraduría General de la Nación, no consiste en imposibilitar la intervención del Juez de lo Contencioso Administrativo en el estudio efectuado por la autoridad administrativa en aquellos casos en los que se evidencia el quebrantamiento de una garantía o la inconformidad con una norma constitucional y/o legal, pues se parte de la base de que el *fallo disciplinario* es un acto administrativo.

Desde esta perspectiva, en razón a que lo sostenido en la decisión judicial recurrida no es una mera divergencia de criterios frente a los fallos disciplinarios, sino el surgimiento de una inconformidad de legalidad inicial entre éstos y las normas en que debían fundarse al efectuar principalmente el estudio de culpabilidad, el cual involucra derechos constitucionales tales como el debido proceso y la dignidad humana, era procedente bajo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el decreto de la medida cautelar al cumplirse con el requisito que en tal sentido contempló el artículo 231 ibídem, por lo que por este cargo tampoco se afecta la sujeción al ordenamiento jurídico de la providencia cuestionada.

iii.4 Cuarto cargo.- Error insoslayable al omitir el estudio de una de las faltas disciplinarias imputadas al demandante.

Afirmó la Procuraduría General de la Nación en el recurso de súplica que el Consejo de Estado, a través del Auto de 13 de mayo de 2014, no efectuó pronunciamiento preliminar alguno en relación con la tercera falta gravísima imputada al accionante a título de culpa gravísima, adecuación que por sí sola exigía la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad en los términos del artículo 44 de la Ley 734 que prevé:

“Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. *Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*
2. *...”*

En concreto, la Entidad recurrente manifestó que:

“La norma es clara al determinar que la sanción aplicable a las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, como la que corresponde a la que no fue descartada por el Magistrado Ponente es la destitución e inhabilidad, razón por la cual no es factible en virtud de los fines del estado social y democrático de derecho que se suspendan los efectos jurídicos de un fallo, cuando la conducta de gran gravedad sigue incólume, pues ello deviene en la existencia de una impunidad disciplinaria que resulta contraria a los principios de la función pública y a la moralización que de la misma le corresponde tanto al operador disciplinario como al juez contencioso.”

Estudiada la fundamentación de la Entidad recurrente sobre este cargo, encuentra la Sala que parte nuevamente de una comprensión inadecuada de la naturaleza y alcance de la medida cautelar, pues si se reconoce su provisionalidad e instrumentalidad debe arribarse a la conclusión de que no es dable hablar de impunidad ante una decisión judicial que es provisoria, interina, destacándose de este modo que en el caso que se somete a consideración de la Sala aún no se ha *“dicho el derecho”* con efectos de cosa juzgada al proferirse una decisión principal.

Ahora bien, tal como se afirmó al resolver el tercer motivo de inconformidad en el anterior cargo, no desconoce la Sala que en aquellos casos en los que prospera la suspensión provisional y, en general, cualquiera de las medidas a disposición del operador judicial, y el fallo resulta adverso a la parte en favor de quien se decreta, existe un riesgo para la efectividad material del acto administrativo suspendido, empero, esa consideración no elimina la posibilidad de acudir a las medidas cautelares previstas en garantía de la tutela judicial efectiva, cuando quiera que se den los supuestos normativos.

Y ello es así, en razón a que la decisión judicial sobre aquellas debe contener una argumentación suficiente y adecuada para mostrar la necesidad de

garantizar el objeto del litigio y la efectividad de la sentencia, argumentación orientada a mostrar la configuración de los diferentes elementos que deben reunirse para acceder a la misma, ejercicio que, a su turno, le imprime racionalidad y razonabilidad a lo resuelto por el juez.

En concreto, con ocasión de la medida cautelar decretada en favor del accionante dentro de este proceso, el Consejero de Estado Doctor Gerardo Arenas Monsalve asumió su obligación de motivar el Auto de 13 de mayo de 2014, al amparo de los criterios exigidos en el inciso 1º del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De manera expresa en la providencia recurrida se expuso que, luego del estudio requerido en esa oportunidad procesal, surgía una inconformidad inicial de los actos acusados con normas superiores, y que, sumado a ello, se encontraba acreditado el perjuicio que con el paso del tiempo le generaba el acto al demandante, cumpliendo también, la medida cautelar decretada, con la exigencia normada en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de encontrarse probados al menos sumariamente los perjuicios, cuando en casos como el sub iudice se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios.

Expuesto lo anterior, del estudio del Auto suplicado encuentra la Sala que la confrontación de legalidad inicial de los actos sancionatorios se refirió de manera expresa a aquellas faltas que fueron imputadas al señor Gustavo Francisco Petro Urrego a título de dolo, precisando en tal sentido que:

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

Así pues, tal como lo observa la Entidad recurrente, para decretar la suspensión de los efectos de los actos administrativos no se tuvo en cuenta expresamente lo

considerado por la Procuraduría General de la Nación sobre la culpa gravísima de la falta tercera que se le imputó al accionante.

Esa situación, empero, no tiene la virtualidad de afectar la medida cautelar, por tres motivos: **uno**, porque las actuaciones por las que fue disciplinado el accionante guardan relación intrínseca unas con otras, por tanto, aunque sobre cada una de ellas le era exigible al titular de la acción disciplinaria realizar un estudio de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, ello no impedía que el Juez, en una comprensión global de la adopción de la política de aseo que pretendió implementar el Alcalde investigado, cuestionara de manera integral la valoración adelantada por la Procuraduría General de la Nación, principalmente, sobre el criterio de la culpabilidad.

Dos, porque en el Auto suplicado, tras un análisis inicial, se consideró que la motivación de los actos disciplinarios era insuficiente frente a la categoría dogmática de culpabilidad, agregando lo siguiente:

“(...) consecuente con lo anterior, si bien se demostraron a lo largo de la actuación hechos que pueden evidenciar una violación a los deberes que funcionalmente le competían al Alcalde, para efectos de fijar la sanción atribuida al disciplinado debieron tenerse en cuenta los criterios que la ley ha señalado para determinar la gravedad o levedad de la falta, entre los que cuenta, las modalidades y circunstancias en que la misma se cometió”.

Concordante con lo anterior, una de las disposiciones normativas que se citaron en el Auto como infringidas fue el artículo 43 del Código Disciplinario Único, el cual prevé:

“Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

- 1. El grado de culpabilidad.*
- 2. La naturaleza esencial del servicio.*
- 3. El grado de perturbación del servicio.*
- 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.*
- 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.*
- 6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive*

de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.”.

Así, en el Auto se cuestionó de manera integral la calificación que se efectuó de la gravedad o levedad de las faltas imputadas lo que tenía incidencia en la determinación de la sanción, sin que para el efecto se hubiera afirmado que se refería exclusivamente a aquellas imputadas a título de dolo, por tanto, no es cierto que en la providencia recurrida se omite un estudio de una de las conductas por las cuales fue destituido e inhabilitado el señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

Tres, porque, en gracia de discusión, de existir una omisión a cargo del Juez que resolvió la procedencia de la medida cautelar, iría contra la efectividad de los derechos subjetivos que se buscan proteger a través del proceso contencioso administrativo proferir en súplica una decisión de revocación, sin atender a los reparos observados por el Juez que profirió el Auto de 13 de mayo de 2014 y el hecho de que el accionante sí cumplió con su carga argumentativa inicial al solicitar el decreto de la medida cautelar.

Por tal motivo, se procederá a analizar ese elemento que se echa de menos, no sin antes advertir que a tal postura podría oponerse el derecho de la contraparte a no ser sorprendido con nuevos argumentos.

La prosperidad de este reparo, sin embargo, desconocería la naturaleza misma de la medida cautelar, ante una situación que no surgió como consecuencia de la no asunción por la parte interesada de las cargas legales que le correspondían, y en un escenario en el que, además, existe una motivación en el Auto suplicado que da cuenta de la corrección de la suspensión provisional de los actos, por

tanto, se impone en este caso privilegiar la garantía efectiva de los derechos subjetivos.

En consecuencia, en un marco que garantice el debido proceso del beneficiado con la medida cautelar, quien no podría verse afectado exclusivamente por la omisión del juez, y de la Procuraduría General de la Nación, que podría resultar sorprendida si se asumiera un análisis que vaya más allá de la calificación del grado de responsabilidad, la Sala adelantará el estudio presuntamente omitido por el ponente, pero exclusivamente en lo atinente al criterio de culpabilidad que, se insiste, fue central para la decisión contenida en el Auto de 13 de mayo de 2014.

En tal sentido, la tercera conducta que generó reproche disciplinario consistió en proferir *“el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, con lo cual se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, originándose un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.”*.

Al adelantarse el juicio de adecuación típica, se enmarcó en la falta gravísima prevista en el artículo 48 numeral 37⁹⁸ del Código Disciplinario Único, a título de culpa gravísima.

A su turno, en el acto sancionatorio proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 9 de diciembre de 2013, se analizó el criterio de responsabilidad de esta falta acudiendo, para el efecto, al concepto de culpa gravísima. A continuación, se sostuvo que:

“En el presente caso, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía la

⁹⁸ *“Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.”*

capacidad de ser motivado por la norma prohibitiva; conocía los hechos; sabía que con la expedición del Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012 autorizaba el uso de vehículos tipo volqueta, los cuales no tenían las mismas condiciones técnicas que un vehículo compactador. Por su formación profesional y por ostentar una de las máximas dignidades dentro de la Estructura del Estado, en este caso alcalde de la ciudad de Bogotá, podía saber que para proferir un acto administrativo en una (sic) tema tan importante como lo era el medio ambiente y relacionado con la prestación del servicio público de aseo podían haber (sic) normas que exigían la utilización de vehículos con ciertos requisitos de orden reglamentario para la prestación de tan importante servicio.

Sin embargo, la Sala reafirma que no encontraron en el trámite de la actuación disciplinaria pruebas que demostraran la voluntad para estimar una conducta dolosa, amén de la congruencia a la que debe estar sujeta la autoridad disciplinaria entre la acusación y la decisión que resuelva el fondo del asunto.

Sin embargo, quedó demostrado que la facultad para expedir dicho Decreto era eminentemente reglada y que las normas que regulaban el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo fueron desconocidas manifiestamente, ingrediente que fue valorado en la categoría de la tipicidad. Prueba de ello es que ni si quiera (sic) en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012 se tuvieron en cuenta los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002, como para considerar, a manera de ejemplo, que pudo haber un error en la interpretación de estas normas. Por el contrario, hubo una desatención elemental respecto de esas normas que regulaban la materia, dado que eran disposiciones específicas que tenían un carácter de norma nacional, que estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y que, inclusive, aquellas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá. Incluso, para la Sala no existen dudas de la desatención elemental cuando testigos como SAMUEL PRADA COBOS explicaron de forma suficiente que la utilización de dichos vehículos era antireglamentaria, análisis todos ellos que se hicieron al momento de contestar los argumentos de exculpación, a los que la Sala se remite en su totalidad. Por ello, la Sala concluye que esta falta disciplinaria se cometió con culpa gravísima, en los términos establecidos en el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.
(Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, está demostrado que se presentó una desatención elemental frente a las normas señaladas en los artículos 41 del Decreto 948 de 1995 y 49 del Decreto 1713 de 2002.”.

El referido análisis efectuado por la Procuraduría General de la Nación para imputar al actor la citada falta disciplinaria a título de culpa gravísima, a juicio de la Sala es insuficiente y no ofrece solidez, toda vez que no explica el ente de control en que consistió la **desatención elemental** en la que incurrió el burgomaestre, pues, no precisó cuales fueron esas precauciones o cautelas elementales, o ese cuidado especial y obligatorio, o esos parámetros de recuerdo ineludible para el cumplimiento diligente de la gestión, en los que el Alcalde Mayor incurrió.

Es de anotar, que la variante de la culpa gravísima denominada por el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único como **desatención elemental**, no tiene definición legal en el ordenamiento jurídico colombiano, así como tampoco está definida la modalidad de culpa gravísima de la **ignorancia supina** de que también habla la norma ejusdem. Es más, la misma definición que del vocablo “desatención” trae el Diccionario de la Real Academia Española⁹⁹ es sumamente tautológica, ya que señala que dicha palabra significa “falta de atención” o “distracción”.

En esa medida, correspondía al operador disciplinario, al hacer el título de imputación de la conducta como culpa gravísima, llenar de contenido pero de manera razonada y motivada la categoría de “desatención elemental”, pero ello no ocurrió, pues, lo que se observa de la lectura de los actos administrativos sancionatorios es que el ente de control se limitó a señalar, entre otras cosas, que el actor

“Por su formación profesional y por ostentar una de las máximas dignidades dentro de la Estructura del Estado, en este caso alcalde de la ciudad de Bogotá, podía saber que para proferir un acto administrativo en una (sic) tema tan importante como lo era el medio ambiente y relacionado con la prestación del servicio público de aseo podían haber (sic) normas que exigían la utilización de vehículos con ciertos requisitos de orden reglamentario para la prestación de tan importante servicio.”.

Igualmente señaló la Procuraduría General de la Nación, que

“la facultad para expedir dicho Decreto era eminentemente reglada y que las normas que regulaban el uso de vehículos para la prestación del servicio de aseo fueron desconocidas manifiestamente, ingrediente que fue valorado en la categoría de la tipicidad. Prueba de ello es que ni si quiera (sic) en el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012 se tuvieron en cuenta los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002, como para considerar, a manera de ejemplo, que pudo haber un error en la interpretación de estas normas. Por el contrario, hubo una desatención elemental respecto de esas normas que regulaban la materia, dado que eran disposiciones específicas que tenían un carácter de norma nacional, que estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y que, inclusive, aquellas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá”.

⁹⁹ 23ª Edición del 2014.

Este último argumento de la Procuraduría General de la Nación, utilizado para imputar al encartado la falta gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 37 del Código Disciplinario Único, a título de culpa gravísima en su variante de “desatención elemental”, revela además falta de claridad por parte del ente de control, ya que funda dicha desatención en el hecho de no atender “las normas que regulaban la materia”, toda vez que al expedir el Decreto 570 de 14 de diciembre de 2012, no se tuvieron en cuenta los Decretos 948 de 1995 y 1713 de 2002.

Dicho discurrir argumentativo de la Procuraduría no es de recibo, toda vez que el hecho de expedir un acto administrativo sin tener en cuenta otras normas en las que debe fundarse el acto a expedir, encajaría más en la categoría de “violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento” y no en el compartimento de la “desatención elemental”. Circunstancia que denota con más fuerza la insuficiente valoración que de la culpabilidad hizo la Procuraduría al estructurar la responsabilidad disciplinaria respecto de la tercera conducta endilgada.

Posteriormente el ente de control, con base en la afirmación de que el uso de volquetas era prohibido normativamente y que un funcionario de la Empresa de Aseo de Bucaramanga sí era consciente de esa situación, concluyó que el accionante incurrió en una desatención elemental, sin que exista un análisis fuerte sobre las condiciones en que se acreditó el recurso a las volquetas, ni las finalidades que con tal actuación se pretendieron, con el objeto de exponer los motivos por los cuales, la falta se cometió con culpa gravísima y no con otra graduación.

Bajo el mismo hilo argumentativo seguido por el Consejero de Estado que suscribió el Auto acusado, entonces, el estudio de la culpabilidad frente a la tercera falta merece similares reparos a los efectuados en relación con las dos primeras, y esa situación, dadas las implicaciones para la garantía de derechos

constitucionales como el debido proceso y la dignidad humana, permite afirmar a la Sala que la medida cautelar debe mantenerse.

Conclusión.-

Atendiendo a lo expuesto *in extenso* en esta providencia, los argumentos invocados por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de 13 de mayo de 2014, por el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos disciplinarios sancionatorios cuestionados en este proceso, no afectan la intangibilidad de la decisión judicial, subrayándose que en este asunto la mayoría de argumentos planteados por la recurrente se dirigen a exigir un análisis y valoración propio de decisiones definitivas.

En estas condiciones, se confirmará en su integridad el Auto suplicado, pues la medida cautelar decretada se inscribe en los parámetros establecidos en el artículo 231 inciso 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de súplica interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto de 13 de mayo de 2014; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha providencia, que ordenó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

Esta providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Vicepresidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

REF: EXPEDIENTE N° 11001-03-15-000-2014-03799-00..
IMPORTANCIA JURÍDICA.
ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.
C/. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA M. VALLE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

REF: EXPEDIENTE N° 11001-03-15-000-2014-03799-00..
IMPORTANCIA JURÍDICA.
ACTOR: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.
C/. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA