

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO Magistrada: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00970-01AV-RAO
Demandante: CARLOS ALFARO FONSECA
Demandado: **GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO**
Naturaleza: Pérdida de Investidura

Asunto: *Apelación. Fallo de segunda instancia que confirma la decisión de negar la pérdida de la investidura*

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, suscribo la providencia del vocativo de la referencia con aclaración de voto, porque en la parte motiva de la sentencia se incluyó un *obiter dicta* que condiciona la configuración de la fase objetiva de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 Constitución Política, al cumplimiento de exigencias no previstas en la mencionada disposición ni en la ley.

Por razones metodológicas y para explicar los motivos de la aclaración de voto señalados, abordaré los siguientes tópicos: i) Síntesis del caso y la decisión ii) Razones de la aclaración de voto, conformada por los siguientes temas: 2.1) La interpretación del artículo 122 superior; 2.2) Conclusiones

I. Síntesis del caso y la decisión

1. Se solicitó al Consejo de Estado decretar la pérdida de investidura del Senador de la República, señor Francisco Gustavo Petro Urrego, con fundamento en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, según el cual, **no podrá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido, ni designado como servidor público, quien dé lugar con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial.**

2. Según el convocante, dicha causal se configuró porque contra el Senador Francisco Gustavo Petro Urrego¹ recaían tres decisiones administrativas de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 25 de abril de 2019, Proceso No. 11001-03-28-000-2018-00074-00 (Acumulado). De acuerdo con lo previsto por "el Acto Legislativo 2 de

la Controlaría Distrital de Bogotá, que lo declararon responsable por la afectación patrimonial del Distrito Capital durante el período en que ejerció su mandato como alcalde de Bogotá –años 2012 a 2015-.

3. La **ratio decidendi** de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 22 de octubre de 2019 y con la cual estoy de acuerdo, señaló que el parlamentario Francisco Gustavo Petro Urrego no se encontraba incurso en la causal prevista en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, porque esta inhabilidad no se configura con fundamento en un acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal de un servidor público, sino que se estructura a partir de la existencia de una sentencia ejecutoriada que condene patrimonialmente al Estado por cuenta de una conducta del agente que se califica de dolosa o gravemente culposa.

4. El sustento de esta razón deviene de la literalidad de la inhabilidad del inciso final del artículo 122 superior y de la aplicación restrictiva que le corresponde a esta disposición por tratarse de una que restringe el ejercicio de derechos políticos², lo que impide extender la interpretación del ingrediente normativo de “*sentencia ejecutoriada*” a una decisión de responsabilidad fiscal que tiene la naturaleza de acto administrativo, ya que la primera se refiere a una condena patrimonial impuesta al Estado y la segunda a un fallo resarcitorio del patrimonio estatal, razón por la cual no posible asimilarlas.

5. Con fundamento en lo anterior, en el caso concreto se señaló, y en ello concuerdo, que sin la existencia de una condena patrimonial al Estado, que es el primer elemento objetivo de la causal, no es posible predicar la

2015, que adicionó el artículo 112 de la Constitución respecto de las garantías reconocidas a la oposición política, (...) surge el derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República para el respectivo período.// Dicha prerrogativa de orden superior también fue incluida en el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 (...). Se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación queda materializada en la designación como congresista de quien adquiere el derecho personal de ocupar la curul en las cámaras". Lo anterior, sustenta la actuación del Consejo Nacional Electoral de "declarar-llamar" a quien tiene dicho derecho. De todas maneras, "a pesar de la existencia de este novedoso mecanismo de garantía a la oposición política, el acceso al cargo a través de esta modalidad debe estar liberado de cualquier situación irregular que pueda afectar la aspiración del candidato".

² En referencia a las garantías fundamentales consagradas en los artículos 40 y 112 de la Constitución Política, referidos respectivamente al derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político –derecho a elegir y ser elegido-, así como al del ejercicio de la oposición política, del que surge el derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República para el respectivo período; este último desarrollado en los términos señalados por el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018.

existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa generadora de dicho resultado, siendo este el segundo elemento objetivo de la causal.

6. No obstante lo anterior, en un dicho de paso, la Sala mayoritaria advirtió que este segundo elemento de la causal está dirigido “a *aquél sujeto que haya aprovechado dolosamente, o con culpa grave, sus funciones, para causar un daño a un ciudadano que no estaba en la obligación de soportarlo (...)*”³. (negrilla fuera de texto)

II. Razones de la aclaración de voto

7. El ***obiter dicta*** transcrito en el numeral anterior es el que motiva mi **aclaración de voto**, porque introduce dos ingredientes normativos que no fueron previstos en la disposición constitucional que fijó la inhabilidad ni tampoco en el ordenamiento que el legislador expidió para reglamentar la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, en los casos en que su **conducta dolosa o gravemente culposa** ha dado lugar a una condena indemnizatoria por parte del Estado.

8. El primero de los ingredientes normativos se refiere a la existencia de un **aprovechamiento de las funciones del cargo por parte del agente estatal**; el segundo se relaciona con que el **agente estatal debe actuar con la finalidad de causar el daño antijurídico**.

2.1 La interpretación de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política

9. La inhabilidad referida fue consagrada en la carta fundamental de la siguiente manera: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, (...). Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos (sic), con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.**” (negrilla fuera de texto).

10. De la literalidad de la norma se derivan los siguientes requisitos para que se estructure la inhabilidad: **i)** debe existir una sentencia ejecutoriada en la cual se haya calificado la conducta del convocado de dolosa o gravemente culposa **ii)** que dicha sentencia condene patrimonialmente al Estado con ocasión de la conducta dolosa o gravemente culposa del convocado,

³ Numeral 70 de la sentencia del 22 de octubre de 2019.

realizada en su calidad de servidor público **iii)** que el convocado no haya asumido el valor del daño con cargo a su patrimonio.

11. Como una de las exigencias de la inhabilidad es que haya existido una conducta dolosa o gravemente culposa del convocado, como servidor público, así calificada en sentencia ejecutoriada y por la que se condene al Estado a resarcir un daño antijurídico, para señalar el alcance de este requisito es necesario interpretarlo sistemáticamente con las disposiciones que en el ordenamiento regulan la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales⁴.

12. Dicha materia está desarrollada en la Ley 678 de 2001; en ella el legislador dotó de contenido los conceptos de conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales en el ámbito de la acción de repetición de la que es titular el Estado, cuando ha sido condenado a una reparación patrimonial por el daño antijurídico causado por la conducta así calificada de sus servidores públicos, que es la precisa hipótesis contemplada para la inhabilidad del inciso final del artículo 122 constitucional.

13. A la luz de la Ley 678 de 2001, la conducta generadora del daño antijurídico es dolosa⁵ cuando el agente estatal quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, y es gravemente culposa⁶ cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, de manera que el segundo elemento de la inhabilidad.

14. De una lectura de contraste entre las definiciones legales de dolo y conducta gravemente culposa, las restantes normas de la Ley 678 de 2001 y la disposición constitucional del artículo 122, se advierte que ninguna de ellas consagra o formula, en manera alguna, la hipótesis de que la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal y que ha dado origen a la condena patrimonial del Estado, debió realizarse con la finalidad de causar el daño antijurídico, es decir, la finalidad no es un ingrediente normativo para la configuración de la responsabilidad del agente estatal en la causación del daño, ni para la estructuración objetiva de la inhabilidad.

⁴ En referencia a los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas

⁵ El dolo está definido en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001, así: **DOLO**. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

⁶ La conducta gravemente culposa está definida como culpa grave en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, así: **CULPA GRAVE**. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

15. En esta misma línea y bajo una perspectiva de armonización de los cuerpos normativos señalados, se observa que la inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 superior, así como los dispositivos de la Ley 678 de 2001, circunscriben el dolo y la culpa grave⁷ a las conductas de los servidores públicos sin restringirlas al ámbito del ejercicio funcional, por lo que al juzgador no le está permitido establecer límites respecto de los destinatarios de las normas cuando el legislador no lo hizo.

16. En punto de lo anterior, el tenor literal del inciso final del artículo 122 determina que el sujeto destinatario de la inhabilidad, es la persona que teniendo, o habiendo tenido, la condición de servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada en sentencia ejecutoriada, ocasionó un daño por el cual se condenó patrimonialmente al Estado, aun cuando su conducta haya sido realizada por fuera del marco funcional del cargo o del empleo, en tanto esta última circunstancia no desvirtúa la calidad de servidor público.

17. Lo anterior tiene sentido, por la potísima razón de que un agente estatal puede ocasionar un daño antijurídico por extralimitación de sus funciones y con ello dar lugar a que se condene al Estado a repararlo pecuniariamente, conforme lo prevé el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 al señalar que esa clase de conducta es gravemente culposa.

18. De esta manera, un agente del Estado se extralimita en sus funciones, o lo que es igual, actúa por fuera de su catálogo funcional, cuando por ejemplo, ejerce competencias de las que no está revestido o cuando utiliza el cargo para realizar actividades al margen del ordenamiento, sin que tal apartamiento de las funciones implique que su conducta ha salido del ámbito del servicio público o del de la responsabilidad estatal.

2.2 Conclusiones

19. El *obiter dicta* contenido en el numeral 70 de la parte motiva de la sentencia, a partir del cual se señala que requisito estructurador de la inhabilidad, referido a la demostrada existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, que determinó la generación de un daño antijurídico imputable al Estado, está dirigido “a *aquél sujeto que haya **aprovechado** dolosamente, o con culpa grave, **sus funciones, para causar un daño a un ciudadano que no estaba en la obligación de soportarlo (...)***”⁸, introduce

⁷ La ley 678 de 2001, en el artículo 6 homologa la culpa grave con la conducta gravemente culposa.

⁸ Numeral 70 de la sentencia del 22 de octubre de 2019. Negrilla fuera de texto.

dos ingredientes normativos para la configuración de la inhabilidad del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política que no fueron consagrados en dicha norma, ni se derivan de su interpretación literal, sistemática y restrictiva.

20. Al señalarse que la inhabilidad se dirige exclusivamente a aquellos sujetos que han aprovechado dolosamente o con culpa grave sus funciones para causar un daño a un ciudadano, se está modificando el alcance y el contenido de la disposición constitucional, porque:

21. Por un lado, introduce una limitación respecto de los destinatarios de la norma que no tiene sustento jurídico alguno, en tanto la Ley 678 de 2001 establece que es conducta gravemente culposa actuar con extralimitación de las funciones, de manera que no sólo hay lugar a determinar la responsabilidad de los agentes estatales cuando actúan en ejercicio de sus funciones.

22. De otro, amplía el alcance de la inhabilidad en contravía del principio de interpretación restrictiva que le corresponde, al determinar que el aprovechamiento de las funciones debe estar dirigido por el agente estatal a la causación del daño, pese a que este aspecto ni siquiera es materia de análisis para determinar si el convocado incurrió en causal de pérdida de la investidura por violación del régimen de inhabilidades.

23. En línea con lo anterior, en mi criterio, dicho señalamiento genera confusión en cuanto al análisis que corresponde efectuar al juez de la pérdida de la investidura, porque a éste no le está permitido, so pretexto de verificar la configuración de la fase objetiva de la inhabilidad, evaluar si el comportamiento del convocado que ha dado lugar a una condena patrimonial del Estado, fue doloso o gravemente culposo, o si se realizó en ejercicio de las funciones o con extralimitación de ellas, pues ello corresponde al juez que dirime los medios de control que definen la responsabilidad patrimonial del Estado.

24. De suyo, en el marco de esta inhabilidad, para que se estructure el elemento objetivo de la causal basta que el fallador verifique: i) la existencia de una sentencia ejecutoriada que califique la conducta del convocado como dolosa o gravemente culposa ii) que con fundamento en dicha conducta, así calificada, el estado haya sido condenado patrimonialmente iii) que el convocado no haya asumido el valor del daño con cargo a su patrimonio.

En los términos señalados dejo presentada mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada